

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede
Juniorprofessor für deutsches und
europäisches Strafrecht
und Strafverfahrensrecht
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;
RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. iur.
Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger
Mann; RA Dr. iur. Stephan
Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-
tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,
Univ. Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela
Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Wiss.
Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius
Law School); Dr. Antje du Bois-
Pedain, MJur (Oxon), (Univ. Cam-
bridge); Prof. Dr. Diethelm Kleczew-
ski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans
Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg);
Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale),
Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer
(Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus
(Dortmund); RA Dr. Markus Rüben-
stahl, mag. iur. (Flick Gocke Schaum-
burg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank
Saliger (Bucerius Law School Ham-
burg); RA Dr. Hellen Schilling, (Frank-
furt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada
(Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich
Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr.
Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. *Fredrik Roggan*, Berlin – **Der tkü-spezifische Kernbereichsschutz im Verständnis des Zweiten Senats des BVerfG** S. 153

Dr. *Philip von der Meden* LL.B., Hamburg – **Zur Verfassungswidrigkeit der Auslegung des Sittenwidrigkeitsbegriffs i.S.d. § 228 StGB** Anm. zu BGH HRRS 2013 Nr. 342 („Dritte Halbzeit“) S. 158

Dr. *Till Zimmermann*, Passau – **Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG)** S. 164

Moritz Begemeier, Bucerius Law School, Hamburg – **Zur Reichweite der unionsrechtskonformen Auslegung im deutschen Straf- und Strafverfahrensrecht am Beispiel der „Spector Photo Group“ Entscheidung des EuGH** Zugleich Anm. zu EuGH HRRS 2010 Nr. 2 S. 179

Die Ausgabe umfasst eine Rezension zu einer strafrechtlichen Publikation.

Entscheidungen

- BVerfG **Medienberichterstattung über das NSU-Verfahren**
- BGHSt **Schadensermittlung beim Eingehungsbetrug**
- BGHSt **Voraussetzungen der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei „Spielsucht“**
- BGHSt **Vertikale Teilrechtskraft im Sicherungsverfahren**
- BGHR **Entbehrliche Vernehmung bei serienweisen Betrugstaten**
- BGH **Verjährungsfristen bei der Steuerhinterziehung im besonders schweren Fall**
- BGH **Brandstiftung bei gemischt-genutzten Gebäuden**
- BGH **Gebotene Feststellung des Rücktrittshorizonts beim Versuch**

Die Ausgabe umfasst 110 Entscheidungen.

HRRS

Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche
Rechtsprechung zum Strafrecht
<http://www.hrr-strafrecht.de>

HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede
Juniorprofessor für deutsches und europäisches Strafrecht
und Strafverfahrensrecht
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

14. Jahrgang, Mai 2013, Ausgabe

5

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

381. BVerfG 1 BvR 990/13 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 12. April 2013 (OLG München)

Einstweilige Anordnung; Medienberichterstattung über ein Strafverfahren (Gleichbehandlung im publizistischen Wettbewerb; Akkreditierungsverfahren; Medienvertreter; ausländische Medien; „NSU-Verfahren“; Sitzkontingente; Öffentlichkeit; Sicherungsverfügung; Prozessleitungsbefugnis).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 1 GG; § 176 GVG; § 32 BVerfGG

1. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz leitet sich in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 GG ein subjektives Recht der Medien auf Gleichbehandlung im publizistischen

Wettbewerb ab, das im Rahmen eines Akkreditierungsverfahrens für die Berichterstattung über ein Strafverfahren zu berücksichtigen ist.

2. Dem Vorsitzenden steht es im Rahmen seiner – verfassungsgerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar – Prozessleitungsbefugnis grundsätzlich frei, bei der Platzvergabe für Medienvertreter im Rahmen einer Sicherungsverfügung nach dem Prioritätsprinzip vorzugehen, wonach Akkreditierungsgesuche in der Reihenfolge ihres Eingangs berücksichtigt werden.

3. In einem Strafverfahren, das eine ungewöhnlich große öffentliche Aufmerksamkeit auf sich zieht und auch auf das Interesse ausländischer Medienvertreter stößt, die

mit Fragen der Gerichtsberichterstattung und den Verfahren zur Akkreditierung in Deutschland möglicherweise wenig vertraut sind, kann es verfassungsrechtlich geboten sein, in besonderer Weise auf die begrenzte Zahl an Sitzplätzen und die Eilbedürftigkeit der Anmeldung hinzuweisen, so dass sich die Vertreter ausländischer Medien besser auf das Akkreditierungsverfahren einstellen können.

4. Vor diesem Hintergrund unterliegt ein Akkreditierungsverfahren verfassungsrechtlichen Bedenken insbesondere dann, wenn das geplante Verfahren der Sitzvergabe einzelnen Journalisten auf Anfrage bereits eine Woche vorher mitgeteilt worden ist, wenn die die Verfahrensmodalitäten enthaltende E-Mail aufgrund eines Fehlers bei der Übersendung mehreren interessierten Medienvertretern erst verspätet übersandt worden ist und wenn die Tatsache, dass die Zahl der Sitze für Medienvertreter begrenzt ist, erst nachträglich mit einer weiteren Sicherungsverfügung bekannt gegeben worden ist.

5. Bei derartigen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit des Akkreditierungsverfahrens überwiegt das Interesse der Vertreter ausländischer Medien aus einem Staat mit besonderem Bezug zu den Opfern der verfahrensgegenständlichen Tatvorwürfe (hier: Türkei) an einer eigenständigen Berichterstattung und der Zuteilung eines Sitzes im Wege einer einstweiligen Anordnung gegenüber der etwaigen Ungleichbehandlung anderer Medienvertreter oder der allgemeinen Öffentlichkeit, deren Sitzkontingent sich dadurch verringert.

382. BVerfG 2 BvR 67/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. März 2013 (OLG Hamm / LG Aachen)

Strafvollzug (Haftraumunterbringung; gemeinsame Unterbringung; Nichtraucher; Raucher); Rechtsschutzbedürfnis (Fortbestehen; gewichtiger Grundrechtseingriff); Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Eingriff; Rechtsgrundlage; Zustimmung); Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Vorlage von Unterlagen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 3 Abs. 5 NiSchG NW; § 115 Abs. 3 StVollzG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1. Nimmt ein mit der Verfassungsbeschwerde angegriffener Beschluss in einer Strafvollzugssache Bezug auf Stellungnahmen der Justizvollzugsanstalt, so ist die Verfassungsbeschwerde regelmäßig nur dann hinreichend substantiiert i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG, wenn die Stellungnahmen vorgelegt oder in einer die verfassungsgerichtliche Prüfung ermöglichenden Art und Weise wiedergegeben werden.

2. Mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes ist es grundsätzlich vereinbar, die Rechtsschutzgewährung vom Fortbestehen eines Rechtsschutzinteresses abhängig zu machen, sofern berücksichtigt wird, dass ausnahmsweise auch nach Erledigung des Verfahrensgegenstandes ein Interesse des Betroffenen an der Feststellung der Rechtslage bestehen kann.

3. Ein Rechtsschutzinteresse besteht trotz Erledigung unter anderem dann fort, wenn ein gewichtiger Grundrechtseingriff von solcher Art geltend gemacht wird, dass gerichtlicher Rechtsschutz dagegen typischerweise nicht vor Erledigungseintritt erlangt werden kann. Nur so kann verhindert werden, dass (Grund-)Rechte in bestimmten Konstellationen – wie etwa im Strafvollzug – in rechtsstaatlich unerträglicher Weise systematisch ungeschützt bleiben.

4. Ein Rechtsschutzinteresse darf insbesondere dann nicht verneint werden, wenn der Verdacht im Raum steht, dass die Justizvollzugsanstalt die Erledigung des darüber geführten Rechtsstreits gezielt selbst herbeigeführt hat, ohne die Rechtswidrigkeit einer zuvor ergriffenen Maßnahme anzuerkennen, um so eine für die Anstalt ungünstige gerichtliche Entscheidung zu vermeiden.

5. Angesichts der nicht ausschließbaren gesundheitlichen Gefahren des Passivrauchens greift die gemeinschaftliche Unterbringung eines nicht rauchenden Gefangenen mit einem rauchenden Gefangenen in das in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistete Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, sofern der Betroffenen der gemeinsamen Unterbringung nicht ausdrücklich zustimmt.

6. Für den Eingriff fehlt es – jedenfalls im Land Nordrhein-Westfalen – an einer Rechtsgrundlage, zumal § 3 Abs. 5 Satz 2 NiSchG NW das Rauchen im Haftraum ausdrücklich verbietet, wenn eine der darin untergebrachten Personen Nichtraucher ist. Dies beinhaltet das Verbot der gemeinsamen Unterbringung eines Nichtrauchers mit einem Raucher, sofern die Anstalt das Rauchverbot nicht systematisch selbst durchsetzt.

7. Von einer Zustimmung zur gemeinsamen Unterbringung mit einem Raucher darf das Gericht vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG nicht ohne weitere Sachverhaltsaufklärung ausgehen, wenn die Zustimmung von der Anstalt behauptet, von dem Gefangenen jedoch bestritten wird.

383. BVerfG 2 BvR 612/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. Februar 2013 (Saarländisches OLG / LG Saarbrücken)

Strafvollzug (Lockerungen; Ausführung zum Sterbebett des Vaters); effektiver Rechtsschutz (Feststellungsinteresse; Rechtsschutzinteresse); Schutz von Ehe und Familie (Eltern; erwachsene Kinder); Rechtsbeschwerde (Zulassung; Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung; Beschwerdegericht; eigene Tatsachenfeststellung).

Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 35 StVollzG; § 109 StVollzG; § 114 StVollzG; § 115 Abs. 3 StVollzG

1. Verstirbt der Familienangehörige tatsächlich, bevor über den Antrag des Strafgefangenen gerichtlich entschieden ist, so verkennt das Gericht die Bedeutung der Gewährleistung des Art. 19 Abs. 4 GG, wenn es ein Feststellungsinteresse verneint. Abweichendes gilt nicht deshalb, weil zwischen den Beteiligten streitig ist, ob die

Gefahr des nahen Todes ausreichend belegt war, weil dies in dem gerichtlichen Verfahren gerade hätte geklärt werden müssen.

2. Mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes ist es grundsätzlich vereinbar, die Rechtsschutzgewährung vom Fortbestehen eines Rechtsschutzinteresses abhängig zu machen, sofern berücksichtigt wird, dass ausnahmsweise auch nach Erledigung des Verfahrensgegenstandes ein Interesse des Betroffenen an der Feststellung der Rechtslage bestehen kann.

3. Neben den Fällen der Wiederholungsgefahr, der fortbestehenden Beeinträchtigung und des Rehabilitationsinteresses kann ein Rechtsschutzinteresse auch bei gewichtigen Grundrechtseingriffen gegeben sein, insbesondere wenn sich der Eingriff auf einen Zeitraum beschränkt, in dem gerichtlicher Rechtsschutz typischerweise kaum zu erlangen ist.

4. Die Anforderungen an das Gewicht des Grundrechtseingriffs dürfen dabei nicht überspannt werden, weil ansonsten gegen Eingriffe in bestimmten Bereichen – wie etwa im Strafvollzug – überhaupt kein Rechtsschutz zu erlangen wäre.

5. Der nach Art. 6 Abs. 1 GG gebotene besondere Schutz von Ehe und Familie beansprucht auch für den Strafvollzug Geltung und bezieht sich auch auf das Verhältnis zwischen Eltern und ihren volljährigen Kindern. In das Grundrecht wird in gewichtiger Weise eingegriffen, wenn einem Strafgefangenen die Ausführung zu seinem im Sterben liegenden Vater versagt wird.

6. In diesem Zusammenhang gebietet es das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz auch, die Rechtsbeschwerde zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, weil die erstinstanzliche Entscheidung erkennbar von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie der Obergerichte zur Frage des Feststellungsinteresses abweicht.

7. Will das Beschwerdegericht die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde (auch) damit begründen, dass die Entscheidung der Justizvollzugsanstalt rechtmäßig gewesen sei, so ist dies mit Art. 19 Abs. 4 GG nur vereinbar, wenn das Beschwerdegericht keine – im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht gestatteten – eigenen Sachverhaltsfeststellungen trifft, sondern sich allein auf Tatsachen stützt, die in der Entscheidung des Tatsachengerichts eine Grundlage finden.

384. BVerfG 2 BvR 2595/12 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. März 2013 (OLG Koblenz)

Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Substantiierung; Vorlage von Unterlagen; erneute Verfassungsbeschwerde); Widerruf einer Gnadenentscheidung (Freiheitsgrundrecht; Rechtsstaatsprinzip; Vertrauensschutzgebot; Bewährungszeit; Fristablauf; Verfahrensverzögerung; Hinweispflicht; Zwischennachricht).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 56g StGB; Nr. 34.2 Gnadenordnung; § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG

1. Die gegen den Widerruf einer Gnadenentscheidung gerichtete Verfassungsbeschwerde genügt den Substantiierungsanforderungen nach § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG, soweit sich aus ihr hinreichend klar ergibt, dass der Beschwerdeführer sich dadurch in willkürlicher und rechtsstaatswidriger Weise in seiner Freiheit und seinen Rechtsschutzmöglichkeiten beschränkt sieht, dass die Widerrufsentscheidung nach seiner Auffassung nicht mehr in dem rechtlich gebotenen zeitlichen Zusammenhang mit dem Ende der Bewährungszeit erfolgt ist.

2. Betrifft eine Verfassungsbeschwerde eine Entscheidung, die nach einer Aufhebung und Zurückverweisung durch das Bundesverfassungsgericht ergangen ist (hier: Folgeentscheidung zu BVerfG, Beschluss vom 27. September 2012 – 2 BvR 1766/12 – [= HRRS 2012 Nr. 1005]), so ist den Substantiierungsanforderungen genügt, wenn die maßgeblichen Unterlagen im ersten Verfassungsbeschwerdeverfahren vorgelegt worden sind.

3. Entscheidungen über den Widerruf einer Aussetzung der Strafvollstreckung zur Bewährung – gleich ob nach allgemeinem Strafrecht oder im Gnadenwege – sind an dem nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleisteten Freiheitsgrundrecht und dem aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitenden Vertrauensschutzgebot zu messen. Der Verurteilte kann sich danach darauf verlassen, dass die Strafaussetzung nicht unvorhersehbar und nur in den gesetzlich vorgegebenen Grenzen – insbesondere unter Beachtung der zeitlichen Beschränkungen – widerrufen wird.

4. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Verurteilten ergibt sich allerdings nicht bereits daraus, dass die Strafaussetzung nicht während oder unmittelbar nach Ablauf der Bewährungszeit widerrufen worden ist. Vielmehr hat ein unter Bewährung Stehender grundsätzlich damit zu rechnen, dass Straftaten innerhalb der Bewährungszeit zum Widerruf der Strafaussetzung führen können. Dies gilt jedenfalls innerhalb der Jahresfrist des § 56g StGB, dessen Wertung auch im Gnadenverfahren zu berücksichtigen ist.

5. Jedoch ist ein Widerruf nach Ablauf der Bewährungszeit aus Gründen des Vertrauensschutzes nur innerhalb einer angemessenen Frist zulässig, auch wenn eine solche nicht gesetzlich bestimmt ist. Für die Angemessenheit der Frist ist neben dem Zeitablauf als solchem insbesondere auf etwaige ungebührliche Verfahrensverzögerungen sowie auf Schwere und Häufigkeit der neuerlichen Taten abzustellen.

6. Eine ungebührliche Verfahrensverzögerung liegt nicht darin, dass die Vollstreckungsbehörde vor einer Widerrufsentscheidung die Rechtskraft einer Folgeverurteilung nicht nur hinsichtlich des Schuldspruchs, sondern auch in Bezug auf das Strafmaß abwartet.

7. Ein von Verfassungs wegen schutzwürdiges Vertrauen kann entstehen, wenn der Verurteilte nicht darauf hingewiesen worden ist, dass die Vollstreckungsbehörde noch die Rechtskraft einer Folgeverurteilung abwartet. Dies gilt allerdings nur dann, wenn ein solcher Hinweis aufgrund bestimmter Umstände zu erwarten war, wie dies etwa aufgrund Nr. 34.2 der Gnadenordnung oder bei einer entsprechenden Verwaltungspraxis der Fall ist.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

393. BGH 1 StR 647/12 – Urteil vom 19. März 2013 (LG Kempten)

Bedarf zur Feststellung des Rücktrittshorizonts zur Prüfung des fehlgeschlagenen Versuchs und der Beendigung des Versuchs (Maßstäbe; natürliche Handlungseinheit; Freiwilligkeit; außertatbestandliches Handlungsziel: Vortäuschung eines Versicherungsfalles); Verklammerungswirkung bei Freiheitsberaubung und gefährlicher Körperverletzung; Betrug.

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB; § 52 StGB; § 239 StGB; § 224 StGB; § 263 StGB

1. In einer Konstellation, in der ein Rücktritt angenommen wird oder zu erörtern ist, sind Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters nach Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung, der sogenannte Rücktrittshorizont, erforderlich. Bei Vorliegen einer Zäsur müssen zudem die Vorstellungen des Angeklagten jeweils nach der (vorläufig) letzten Ausführungshandlung dargetan werden.

2. Die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendeten Versuch bestimmt sich nach dem Vorstellungsbild des Täters nach dem Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung, dem sogenannten Rücktrittshorizont. Bei einem Tötungsdelikt liegt demgemäß ein unbeendeter Versuch vor, bei dem allein der Abbruch der begonnenen Tathandlung zum strafbefreienden Rücktritt vom Versuch führt, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt noch nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung des Todes erforderlich oder zumindest ausreichend ist. Ein beendeter Tötungsversuch, bei dem der Täter für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch den Tod des Opfers durch eigene Rettungsbemühungen verhindern oder sich darum zumindest freiwillig und ernsthaft bemühen muss, ist hingegen anzunehmen, wenn er den Eintritt des Todes bereits für möglich hält oder sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht.

3. Eine Korrektur des Rücktrittshorizonts ist in engen Grenzen möglich. Der Versuch eines Tötungsdelikts ist daher nicht beendet, wenn der Täter zunächst irrtümlich den Eintritt des Todes für möglich hält, aber nach alsbaldiger Erkenntnis seines Irrtums von weiteren Ausführungshandlungen Abstand nimmt. Rechnet der Täter dagegen zunächst nicht mit einem tödlichen Ausgang, so liegt eine umgekehrte Korrektur des Rücktrittshorizonts vor, wenn er unmittelbar darauf erkennt, dass er sich insoweit geirrt hat. In diesem Fall ist ein beendeter Versuch gegeben, wenn sich die Vorstellung des Täters bei fortbestehender Handlungsmöglichkeit sogleich nach der

letzten Tathandlung in engstem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dieser ändert (st. Rspr.).

4. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält. Dabei kommt es auf die Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung an (Rücktrittshorizont). Wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt erkennt oder die subjektive Vorstellung hat, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Aussetzens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs, liegt ein Fehlschlag vor (st. Rspr.). Für die Beurteilung einzelner Versuchshandlungen ist eine Gesamtbetrachtung nach Maßgabe der natürlichen Handlungseinheit vorzunehmen. Dabei begründet der Wechsel eines Angriffsmittels nicht ohne Weiteres eine die Annahme einer Handlungseinheit ausschließende Zäsur.

5. Liegt ein Fehlschlag vor, scheidet ein Rücktritt vom Versuch nach allen Varianten des § 24 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB aus; umgekehrt kommt es nur dann, wenn ein Fehlschlag nicht gegeben ist, auf die Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch an, die für die vom Täter zu erbringende Rücktrittsleistung in Fällen des § 24 Abs. 1 StGB stets, in solchen des § 24 Abs. 2 StGB mittelbar dann von Bedeutung ist, wenn sich die (gemeinsame) Verhinderungsleistung von Versuchsbeteiligten in einem einverständlichen Unterlassen des Weiterhandelns erschöpfen kann.

6. Lässt sich den Urteilsfeststellungen das entsprechende Vorstellungsbild des Angeklagten, das zur revisionsrechtlichen Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch unerlässlich ist, nicht hinreichend entnehmen, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Dies gilt besonders dann, wenn es sich um ein mehrstündiges und mehraktiges Tatgeschehen handelt und auch die Prüfung der Annahme nur einer Tat im Rechtssinne vorzunehmen ist.

7. Eine einfache Freiheitsberaubung verklammert nicht ohne weiteres eine während ihrer Verwirklichung begangene gefährliche Körperverletzung.

445. BGH 3 StR 521/12 – Urteil vom 4. April 2013 (LG Berlin)

Anforderungen an das Vertrauen auf die Richtigkeit eines anwaltlichen Gutachtens als Grundlage eines un-

vermeidbaren Verbotsirrtums; Verbreitung von Propagandamitteln einer verfassungswidrigen Organisation; Beweiswürdigung.

§ 17 StGB; § 86 StGB; § 261 StPO

1. Das Vertrauen auf eingeholten rechtsanwaltlichen Rat vermag nicht in jedem Fall einen unvermeidbaren Verbotsirrtum des Täters zu begründen. Eher zur Absicherung als zur Klärung bestellte Gefälligkeitsgutachten scheiden als Grundlage unvermeidbarer Verbotsirrtümer aus. Auskünfte, die erkennbar vordergründig und mangelhaft sind oder nach dem Willen des Anfragenden lediglich eine „Feigenblattfunktion“ erfüllen sollen, können den Täter ebenfalls nicht entlasten. Insbesondere bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen ist regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen.

2. Hat sich der Angeklagte in der Vergangenheit bereits mehrfach an eine anwaltliche Auskunftsperson gewandt, die auf dem entsprechenden Gebiet (hier: Beurteilung der strafrechtlichen Relevanz von rechtsextremen Liedtexten) häufig tätig ist, darf er auf einen entsprechenden Rat regelmäßig vertrauen. Das gilt vor allem dann, wenn die Auskunftsperson bereits Ansinnen des Angeklagten abgelehnt hat, gegen die eigene Überzeugung für den Auftraggeber günstige Rechtsmeinungen zu äußern und wenn sie häufig Änderungen an den ihr zur Prüfung unterbreiteten Liedtexten empfiehlt.

460. BGH 5 StR 575/12 – Urteil vom 19. März 2013 (LG Kiel)

Vorsatz bei mittäterschaftlich begangenen besonders schweren Raub (Exzess; Vorsatzerweiterung; Prinzip der sukzessiven Mittäterschaft).

§ 250 Abs. 2 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 15 StGB

1. Jeder Täter haftet für das Handeln eines Mittäters nur im Rahmen seines eigenen Vorsatzes, ist also für den tatbestandlichen Erfolg nur so weit verantwortlich, wie sein Wille reicht; ein Exzess des anderen fällt ihm nicht zur Last. Allerdings werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sich diese nicht besonders vorgestellt hat; ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn er mit der Handlungsweise seines Tatgenossen einverstanden oder sie ihm zumindest gleichgültig war.

2. Zeigt sich während der Tatausführung, dass ein ursprünglicher gemeinsamer Tatplan nicht aufgeht – hier: Raubtat mit nur geringer Gewaltanwendung –, so kommt eine Vorsatzerweiterung nach dem Prinzip der sukzessiven Mittäterschaft in Betracht, wenn die Beteiligten die Tatausführung an die zuvor nicht vorhergesehenen Umstände anpassen.

471. BGH 1 StR 613/12 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG München I)

Wahlfeststellung (Umfang der angeklagten Tat; Zulässigkeit der Wahlfeststellung zwischen Betrug und Computerbetrug).

§ 1 StGB; § 155 StPO; § 264 StPO; § 263 Abs. 1 StGB; § 263a Abs. 1 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage prozessual zulässig, wenn beide in Frage kommenden Tatalternativen von dem durch Anklage und Eröffnungsbeschluss umgrenzten Verfahrensgegenstand erfasst sind (vgl. BGH NStZ 1999, 363, 364). Soweit die Anklage nicht ohnehin bereits beide Tatvarianten aufführt, ist dafür maßgeblich, ob die alternierenden Handlungsvorgänge nach den allgemeinen, für die Beurteilung der prozessualen Tatidentität maßgeblichen tatsächlichen Gegebenheiten wie insbesondere das Tatobjekt, den Tatort und die Tatzeit als von einem einheitlichen Lebensvorgang erfasst bewertet werden können.

2. Eine Wahlfeststellung zwischen § 263 StGB und § 263a StGB ist grundsätzlich zulässig (vgl. BGH NStZ 2008, 281, 282 Rn. 4).

428. BGH 3 StR 37/13 – Urteil vom 4. April 2013 (LG Oldenburg)

Anforderungen an die Beweiswürdigung (Abgrenzung von Körperverletzungs- und Tötungseventualvorsatz; erforderliche Gesamtwürdigung; Bedeutung der objektiven Gefährlichkeit).

§ 15 StGB; § 16 StGB; § 212 StGB; § 223 StGB; § 261 StPO

1. Die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung ist zwar ein wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Tatrichter der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung bei der Prüfung der subjektiven Tatseite von Rechts wegen immer die ausschlaggebende indizielle Bedeutung beizumessen hätte. Darin läge vielmehr eine vom Einzelfall gelöste Festlegung des Beweiswerts und der Beweisrichtung eines im Zusammenhang mit derartigen Delikten immer wieder auftretenden Indizes, die einer unzulässigen Beweisregel nahekäme und deshalb dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) widerspräche.

2. Bei ambivalenten Beweiszeichen, also solchen, die dem Tatrichter, je nachdem, wie er sie im Einzelfall bewertet, rechtlich zulässige Schlüsse sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten des Angeklagten ermöglichen (z. B. der Alkoholeinfluss bei der Tatbegehung), ist eine rechtlich vertretbare tatrichterliche Entscheidung darüber, in welchem der möglichen, zueinander in einem Gegensatz stehenden Beweiszusammenhänge ein solcher Umstand im konkreten Fall indizielle Bedeutung entfaltet, vom Revisionsgericht hinzunehmen. Der Tatrichter kann in einem solchen Falle nicht gehalten sein, denselben Umstand nochmals in dem anderen Beweiszusammenhang zu erwägen und damit Gefahr zu laufen, sich zu seinem anderweitig gewonnenen Ergebnis zu Gunsten oder zu Lasten des Angeklagten in Widerspruch zu setzen.

489. BGH 4 StR 557/12 – Beschluss vom 13. Februar 2013 (LG Dessau-Roßlau)

Schuldunfähigkeit (Indizwirkung der Blutalkoholkonzentration).
§ 20 StGB

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gibt es zwar keinen Rechts- oder Erfahrungssatz, wonach ab einer bestimmten Höhe der Blutalkoholkonzentration die Schuldfähigkeit regelmäßig aufgehoben ist; Entsprechendes gilt für die Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit (vgl. BGHSt 43, 66, 72 ff.). So ist

es dem Tatrichter auch nicht verwehrt, die Alkoholgewöhnung des Täters bei der Bewertung der festgestellten Tatzeit-Blutalkoholkonzentration zu berücksichtigen (vgl. BGH NStZ 2000, 136). Gleichwohl hat diese insofern Bedeutung, als sie – unter Beachtung des Zweifelssatzes – Aufschluss über die Stärke der alkoholischen Beeinflussung gibt und in diesem Sinne ein zwar nicht allgemein gültiges, aber gewichtiges Beweisanzeichen neben anderen ist.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

458. BGH 5 StR 344/12 – Urteil vom 20. März 2013 (LG Berlin)

BGHSt: Betrug (Schadensermittlung beim Eingehungsbetrug; Gesamtsaldierung; konkrete Schadensberechnung; Erforderlichkeit eines Sachverständigengutachtens; Maßgeblichkeit des von den Vertragsparteien festgesetzten Wertes; Unterschiede bei der Schadensbestimmung zwischen Betrug und Untreue).
§ 263 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Täuscht der Empfänger einer Sachleistung bei einem Eingehungsbetrug über seine Zahlungsbereitschaft, bedarf es für die Bemessung des Schadens regelmäßig keiner von dem ohne Wissens- und Willensmängel vereinbarten Preis abweichenden Bestimmung des Werts der Gegenleistung. (BGHSt)

2. Besteht ein Bestandteil des Kaufpreises für ein Grundstück darin, dass der Käufer bereits ab einem vertraglich festgesetzten Zeitpunkt vor dem eigentlichen Gefahr- und Lastenübergang die Lasten des Grundstücks tragen soll, und täuscht der Käufer von Anfang an über seine Bereitschaft zur Erfüllung dieser Pflicht, ist der objektive Verkehrswert des Grundstücks für die Schadensermittlung nicht von Bedeutung. In einem solchen Fall stellt der Betrag den Schaden dar, der an Betriebskosten und Lasten bei gewöhnlichem Verlauf bis zum Zeitpunkt des Übergangs von Nutzungen und Lasten angefallen wäre. (Bearbeiter)

3. Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich nach Auffassung des Senats nicht entnehmen, dass es grundsätzlich bei betrügerischen Handlungen im Zusammenhang mit dem Abschluss von Austauschverträgen der Bestimmung des „objektiven Werts“ des Vertragsgegenstands bedürfe. Abgesehen davon, dass dies mit einem nicht hinzunehmenden Aufwand verbunden und für Fälle der gängigen Betrugskriminalität auch kriminalpolitisch fragwürdig wäre, ist eine solche verobjektivierte Feststellung auch im Regelfall nicht veranlasst, zumal solche Wertbestimmungen häufig nur scheinbar sind, weil sie ihrerseits auf Rückschlüssen aus den Marktgegebenheiten beruhen. Grundsätzlich legen in einem von Angebot und Nachfrage bestimmten markt-

wirtschaftlichen System die Vertragsparteien den Wert des Gegenstandes fest (intersubjektive Wertfestsetzung). (Bearbeiter)

4. Nicht beim Schadensbegriff, wohl aber bei der Schadensbestimmung liegt ein Unterschied zwischen den Straftatbeständen des Betruges (§ 263 StGB) und der Untreue (§ 266 StGB) vor. Bei der Untreue muss bewertet werden, ob und inwieweit die pflichtwidrige Einzelhandlung zu einem Nachteil für das betreute Vermögen geführt hat. Dies kann nur in der Form eines auf objektiven Kriterien beruhenden Gesamtvermögensvergleichs erfolgen. Dagegen liegt beim Eingehungsbetrug regelmäßig eine Bewertung des Vertragsgegenstandes durch die Vertragsparteien vor. Hieran kann die Schadensbestimmung grundsätzlich anknüpfen, indem nur noch bewertet wird, inwieweit infolge der Täuschung das vertragliche Synallagma verschoben worden ist. Die Feststellung eines vom vereinbarten Preis abweichenden „objektiven Werts“ des Vertragsgegenstands ist hiermit nicht verbunden. (Bearbeiter)

5. In Fällen des Eingehungsbetruges wird sich die bereits im Vertragsschluss angelegte Schädigung regelmäßig in der weiteren Entwicklung tatsächlich konkretisieren. Deshalb begegnet es auch keinen Bedenken, wenn der Tatrichter – soweit keine Besonderheiten in der Schadensentwicklung bestehen – auf den konkret eingetretenen Schaden abstellt. (Bearbeiter)

470. BGH 1 StR 578/12 – Beschluss vom 6. März 2013 (LG München I)

Brandstiftung (Vorsatz; Versuch: unmittelbares Ansetzen); schwere Brandstiftung (Begriff der Zerstörung; zur Wohnung von Menschen dienendes Gebäude: gemischt genutzte Gebäude, Kellerräume; Gefahr der Gesundheitsschädigung); besonders schwere Brandstiftung (Erschweren des Löschens).
§ 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 306a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB; § 306b Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

1. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt bei einem gemischt, d.h. teils wohnlich, teils gewerblich genutzten Gebäude eine vollendete

Brandstiftung gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Taterfolgsvariante der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung lediglich dann vor, wenn ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter, dem Wohnen dienender Teil eines einheitlichen Gebäudes durch die Brandlegung zum Wohnen nach den allgemeinen an die teilweise Zerstörung zu stellenden Anforderungen unbrauchbar geworden ist (vgl. BGH NJW 2011, 2148, 2149).

2. Nach Maßgabe der vorgenannten Kriterien liegt bei einer Brandlegung in einem sowohl Wohnzwecken als auch gewerblichen Zwecken dienenden Gebäude eine teilweise Zerstörung durch Brandlegung gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht vor, wenn die brandbedingte zeitweilige Unbenutzbarkeit lediglich solche Teile des Tatobjekts betrifft, die nicht selbst dem Wohnen dienen, sondern lediglich funktional auf die Wohnnutzung bezogen sind, wie dies bei Kellerräumen typischerweise der Fall ist (vgl. BGH NStZ 2007, 270).

3. Eine teilweise Zerstörung, bei der es sich um eine solche von Gewicht handeln muss, ist gegeben, wenn einzelne wesentliche Teile eines Objekts, die seiner tatbestandlich geschützten Zweckbestimmung entsprechen, unbrauchbar geworden sind oder eine von mehreren tatbestandlich geschützten Zweckbestimmungen brandbedingt aufgehoben ist (vgl. BGHSt 48, 14, 20). Für die Unbrauchbarkeit genügt grundsätzlich die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Nutzbarkeit für eine „nicht nur unerhebliche Zeit“ (vgl. BGH aaO.). Ob ein Zerstörungserfolg vorliegt, muss der Tatrichter nach den Umständen des einzelnen Falles unter Berücksichtigung der konkreten Nutzungszwecke bei wertender Betrachtung beurteilen (vgl. BGHSt 57, 50, 52 Rn. 8).

4. Zwar können erhebliche Verrußungen in einem Tatobjekt grundsätzlich genügen, um einen Taterfolg in Gestalt der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung anzunehmen (vgl. BGH StV 2002, 145). Dazu bedarf es aber bei gemischt genutzten Tatobjekten, die als eines nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB gewertet werden, nach der neueren Rechtsprechung eines auf (wenigstens) eine Wohneinheit selbst bezogenen Zerstörungserfolges.

5. Ob die Zeitspanne der Nutzungseinschränkung oder -aufhebung für eine teilweise Zerstörung durch Brandlegung ausreicht, ist objektiv anhand des Maßstabs eines „verständigen Wohnungsinhabers“ zu beurteilen (vgl. BGHSt 48, 14, 20 f.). Die erhebliche Einschränkung oder Aufhebung der Nutzbarkeit für nur für wenige Stunden oder einen Tag genügt hierfür regelmäßig nicht (vgl. BGH NStZ 2008, 519).

6. Für die Tat gemäß § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Variante des teilweise Zerstörens an einem Gebäude genügen brandbedingte Schäden in Kellerräumen, wenn diese wegen der Beeinträchtigungen für einen gewissen Zeitraum nicht ihrer sonstigen Bestimmung entsprechend verwendet werden können (vgl. BGHSt 56, 94, 97 Rn. 10 und 11).

7. Es ist zulässig, von der Höhe der Wahrscheinlichkeit des Inbrandsetzens des Tatobjekts aufgrund der relevanten objektiven Umstände der Tatbegehung auf das Vor-

liegen von Brandstiftungsvorsatz zu schließen (vgl. BGH NStZ 1995, 86).

8. Versuchsbeginn liegt bei einer Brandstiftung vor, wenn der Täter alles nach seiner Vorstellung Erforderliche getan hat, um den Brand – auch durch bloßes Hinzutreten eines als sicher vorausgesehenen weiteren Umstands, wie eines Kurzschlusses oder der sicheren Mitwirkung des Tatopfers zu bewirken (vgl. BGHSt 36, 221, 222). Vorbehaltlich der Maßgeblichkeit der jeweiligen konkreten Verhältnisse des Einzelfalls liegt bei der Verwendung von – vom Täter als taugliche bewerteten – Zeitzündern zur Auslösung eines Brandes der Versuch einer Brandstiftung regelmäßig dann vor, wenn der Täter nach dem Ingangsetzen der Zeitzündevorrichtung den Installationsort verlässt und damit dem weiteren Geschehensablauf seinen Lauf lässt.

385. BGH 1 StR 108/13 – Beschluss vom 21. März 2013 (LG Amberg)

Schlaf als tiefgreifende Bewusstseinsstörung (sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen; Einordnung des Halbschlafs).

§ 179 StGB; § 20 StGB

1. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass es sich bei dem Schlaf um eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung im Sinne des § 179 StGB handelt (BGHSt 38, 68, 71). Daran hält der Senat fest. Dieser Rechtsprechung steht das Urteil des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 28. Januar 2004 (2 StR 351/03, NStZ 2004, 440, 441) nicht entgegen.

2. Ob ein „Halbschlaf“ eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung darstellt, kann offen bleiben.

436. BGH 3 StR 486/12 – Urteil vom 7. Februar 2013 (LG Neubrandenburg)

Verstoß gegen eine Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht; verfassungsrechtlich gebotene Bestimmtheit der Weisung.

§ 145a Satz 1 StGB; § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

Im Rahmen des § 145a Satz 1 StGB wird das strafbare Verhalten wesentlich durch den Inhalt der Weisung festgelegt. Dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG ist deshalb nur dann Genüge getan, wenn die betreffende Weisung eindeutig und so fest umrissen ist, wie dies von dem Tatbestand einer Strafnorm zu verlangen ist. Dem Betroffenen muss mit der Weisung unmittelbar verdeutlicht werden, welches Tun oder Unterlassen von ihm erwartet wird, so dass er sein Verhalten danach ausrichten kann. Eine Weisung „keinerlei Kontakt zu Kindern ... aufzunehmen“ und „sich nicht an Orten, wo sich üblicherweise Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren befinden – Kinderspielplätze, Kindergärten, Schulen u.a. – aufzuhalten“ (§ 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB) genügt diesen Anforderungen.

432. BGH 3 StR 372/12 – Beschluss vom 14. November 2012 (LG Hildesheim)

Beharrliche Zuwiderhandlung gegen eine Gewerbeuntersagung (Abgrenzung der Fortführung des untersagten Gewerbes von der Gründung eines neuen Ge-

werbes); Unterschlagung (keine Manifestation der Zueignung durch bloße Verweigerung der Rückgabe einer fremden Sache).

§ 148 Nr. 1 GewO; § 146 Abs. 1 Nr. 1a GewO; § 246 StGB

1. Der Straftatbestand des § 148 Nr. 1 GewO ist bei beharrlicher Wiederholung (u.a.) einer Tat nach § 146 Abs. 1 Nr. 1a GewO erfüllt. Bei dieser Vorschrift, die die Zuwiderhandlung gegen eine Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 GewO ahndet, handelt es sich um eine Dauerordnungswidrigkeit, deren Begehung (erst) mit der Einstellung des verbotenen Gewerbebetriebes endet. Daher liegt eine (realkonkurrierende) neue Dauerordnungswidrigkeit gem. § 146 Abs. 1 Nr. 1a GewO nur vor, wenn das ursprüngliche Gewerbe eingestellt und ein neues eröffnet wird, nicht aber bei einer verdeckten Fortführung des untersagten Gewerbes.

2. Das bloße Unterlassen der geschuldeten Rückgabe kann regelmäßig nicht als Manifestation des Zueignungswillens angesehen werden. Vielmehr bedarf es eines nach außen erkennbaren Verhaltens, das den sicheren Schluss zulässt, dass der Täter die Sache unter Ausschluss des wirklich Berechtigten seinem eigenen Vermögen einverleiben will. Zu der unterlassenen Herausgabe müssen folglich Umstände hinzutreten, die darauf schließen lassen, dass die Nichtherausgabe gerade Ausdruck der Zueignung ist. Derartige Umstände können zum Beispiel darin gesehen werden, dass die Sache durch ihren weiteren Gebrauch erheblich an Wert verliert oder der Gewahrsamsinhaber den Standort der Sache gegenüber dem Eigentümer verheimlicht oder ihren Besitz ablehnet.

485. BGH 4 StR 544/12 – Beschluss vom 27. Februar 2013 (LG Essen)

Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (Vorsatz bezüglich fehlender Einwilligung des Opfers; Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben).

§ 177 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 2 StGB; § 15 StGB

1. Der subjektive Tatbestand im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt zumindest bedingten Vorsatz dahingehend voraus, dass das Tatopfer in die sexuellen Handlungen nicht eingewilligt hat und dass es gerade im Hinblick auf seine Schutzlosigkeit auf möglichen Widerstand verzichtet (vgl. BGH NStZ 2012, 268).

2. Auch frühere Drohungen können wie frühere Misshandlungen eine in die Tatgegenwart fortwirkende Drohwirkung entfalten, sodass im Einzelfall auch das Ausnutzen eines „Klimas der Gewalt“ ausreichen kann, wenn durch eine ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Täters eine finale Verknüpfung mit dem sexuellen Übergriff hergestellt, dies vom Opfer als Drohung empfunden wird und der Täter dies zumindest billig (vgl. BGH StV 2012, 534, Tz. 14).

482. BGH 4 StR 6/13 – Beschluss vom 27. Februar 2013 (LG Essen)

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Tateinheit; Verhältnis zum Betrug).

§ 152a Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB; § 152b Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

1. Die Beschaffung einer gefälschten Zahlungskarte und deren anschließender Gebrauch bilden eine einzige Tat der Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion, wenn der Täter sie in der Absicht erwirbt, sie alsbald einzusetzen (vgl. BGH NStZ 2005, 329), und zwar auch bei mehrfacher absichtsgemäßer Verwendung. Ebenso stellt der gleichzeitige Erwerb mehrerer gefälschter Zahlungskarten in Gebrauchsabsicht nur eine einzige Tat im Rechtssinne dar.

2. Zur einheitlichen Tat des Fälschens von Zahlungskarten mit Garantiefunktion steht der durch den Einsatz der Karte verwirklichte Betrug jeweils in Tateinheit.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

463. BGH 5 StR 597/12, Urteil vom 6. März 2013 (LG Göttingen)

BGHSt; Anforderungen an die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei Spielsucht.

§ 63 StGB

1. Voraussetzungen der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei „Spielsucht“. (BGHSt)

2. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus kommt bei Spielsucht i.d.R. nur in Betracht, wenn sich die Abhängigkeit bereits in schwersten Persönlichkeitsveränderungen manifestiert hat. (Bearbeiter)

3. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt Spielsucht zwar für sich genommen keine krankhafte seelische Störung oder schwere andere seelische Abartigkeit dar, welche die Schuldfähigkeit erheblich einschränken oder ausschließen kann. Indes können in schweren Fällen psychische Defekte und Persönlichkeitsveränderungen auftreten, die eine ähnliche Struktur und Schwere wie bei den stoffgebundenen Suchterkrankungen aufweisen, und es kann zu schweren Entzugserscheinungen kommen. Wie bei der Substanzabhängigkeit kann deshalb auch bei Spielsucht eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit angenommen werden, wenn diese zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen führt.

derungen geführt oder der Täter bei den Beschaffungstaten unter starken Entzugserscheinungen gelitten hat. (Bearbeiter)

4. Eine Neigung zum Alkoholmissbrauch, eine Alkoholabhängigkeit und selbst chronischer Alkoholismus als Folge jahrelangen Alkoholmissbrauchs sind für sich allein nicht als hinreichende Gründe für eine Unterbringung nach § 63 StGB anerkannt worden. Die Voraussetzungen können auch aus Gründen der verfassungsrechtlich verankerten Verhältnismäßigkeit bei Spielsucht nicht weniger streng sein als bei stoffgebundenen Süchten. Die unbefristete Unterbringung gemäß § 63 StGB stellt einen überaus gravierenden Eingriff in die Rechte des Betroffenen dar. Das gilt hier umso mehr, als der Maßregelvollzug nach § 63 StGB auf die Behandlung Spielsüchtiger ersichtlich nicht ausgerichtet ist. (Bearbeiter)

484. BGH 4 StR 467/12 – Urteil vom 28. März 2013 (LG Berlin)

Strafzumessung (Überprüfung durch das Revisionsgericht; Bildung einer Gesamtstrafe: enger zeitlicher, sachlicher oder situativer Zusammenhang zwischen den Taten; Berücksichtigung von Untersuchungshaft als Strafmilderungsgrund).

§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 54 StGB

1. Die für und gegen den Angeklagten sprechenden Gesichtspunkte nach dem in der Hauptverhandlung gewonnenen Gesamteindruck gegeneinander abzuwägen ist grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters. In dessen Strafzumessung kann das Revisionsgericht daher nur dann eingreifen, wenn diese Rechtsfehler aufweist, weil sie einseitig, widersprüchlich oder unvollständig ist, gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt oder – unter Berücksichtigung des weiten tatrichterlichen Ermessens – nicht mehr als gerechter Schuldausgleich angesehen werden kann. Nur in diesem Rahmen kann eine Verletzung des Gesetzes im Sinne von § 337 Abs. 1 StPO vorliegen (st. Rspr.).

2. Liegt ein solcher Rechtsfehler nicht vor, hat das Revisionsgericht die Strafzumessung des Tatrichters regelmäßig hinzunehmen (vgl. BGHSt 29, 319, 320). Eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle der tatrichterlichen Strafzumessung im Revisionsverfahren ist danach ausgeschlossen. Das Revisionsgericht kann insbesondere nicht mit der Erwägung, ein strafzumessungserheblicher Umstand sei nicht genügend berücksichtigt worden, seine Bewertung an die Stelle derjenigen des Tatrichters setzen.

3. Da die Schuld des Täters in Bezug auf die Einzeltaten durch eine Mehrheit von Taten erhöht werden kann, ist dieser Umstand vielmehr auch bei der Bemessung der Einzelstrafe und schon bei der Erwägung mit in Betracht zu ziehen, ob jeweils ein minder schwerer Fall bejaht werden kann (vgl. BGHSt 24, 268, 271).

4. Bei der Bildung einer Gesamtstrafe kann strafmildernd ins Gewicht fallen, dass zwischen den einzelnen Taten ein enger zeitlicher, sachlicher und situativer Zusammenhang besteht. Es richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, ob der genannte enge Zusammenhang bei der Gesamtstrafenbildung als bestimmender Strafzumessungsgrund im Sinne von § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO maßgeblich zu Gunsten des Täters zu werten und daher ausdrücklich zu erwägen ist oder nicht.

5. Untersuchungshaft ist, jedenfalls bei Verhängung einer zu verbüßenden Freiheitsstrafe, kein Strafmilderungsgrund, es sei denn, mit ihrem Vollzug wären ungewöhnliche, über die üblichen deutlich hinausgehende Beschwerden verbunden (vgl. BGH NStZ 2012, 147). Will der Tatrichter wegen besonderer Nachteile für den Angeklagten den Vollzug der Untersuchungshaft bei der Strafzumessung mildernd berücksichtigen, müssen diese Nachteile in den Urteilsgründen dargelegt werden (vgl. BGH NJW 2006, 2645).

474. BGH 2 StR 392/12 – Urteil vom 13. März 2013 (LG Darmstadt)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (einzelfallabhängige Prognoseentscheidung über das Vorliegen einer hohen Wahrscheinlichkeit der künftigen Begehung schwerer Gewalt- oder Sexualdelikte).

§ 66 StGB

1. Die vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 128, 326, 404 ff.) geforderte besonders strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt vom Tatrichter eine eingehende Prognoseentscheidung über das Vorliegen einer hohen Wahrscheinlichkeit der künftigen Begehung schwerer Gewalt- oder Sexualdelikte ohne die Maßregel.

2. Dies erfordert eine auf die Umstände des Einzelfalles zugeschnittene, detaillierte Darlegung derjenigen Taten, die in Zukunft vom Täter zu erwarten sind (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 141). Die für den Wahrscheinlichkeitsgrad zu benennenden Umstände ergeben sich dabei regelmäßig auch aus Anzahl, Frequenz und Tatbildern von Vorverurteilungen.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

455. BGH 5 StR 120/13 – Beschluss vom 9. April 2013 (LG Kiel)

BGHSt; Vertikale Teilrechtskraft im Sicherungsverfahren; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anforderungen an die Gefährlichkeitsprognose bei Anlasstaten im Bereich der geringen bis mittleren Kriminalität)

§ 414 Abs. 1 StPO; § 63 StGB

1. Vertikale Teilrechtskraft im Sicherungsverfahren. (BGHSt)
2. Vorfälle, die im selbständigen Sicherungsverfahren Gegenstand der Antragschrift waren und vom Gericht als nicht tatbestandsmäßig beurteilt wurden, können anschließend nicht mehr als Anlasstaten für die Unterbringung nach § 63 StGB herangezogen werden. Insoweit kann der Beschuldigte nicht schlechter stehen als ein teilfreigesprochener Angeklagter im Strafverfahren, der sich mit seiner Revision mangels Beschwer gegen den Teilfreispruch nicht wenden kann. (Bearbeiter)

387. BGH 1 StR 263/12 – Beschluss vom 6. Februar 2013 (LG Stuttgart)

BGHR; Betrug bei der massenhaften Vortäuschung von Auslagen (Porto-, Telefon- und Auskunftskosten; Irrtum: erforderliche Vernehmung, prozessordnungsgemäße Verfahrensökonomie, Aufklärungspflicht, Strengbeweisverfahren, Normativierung; uneigentliches Organisationsdelikt eines faktischen Geschäftsführers); Strafzumessung beim Versuch (Milderung).

§ 263 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 251 StPO

1. Zur tatgerichtlichen Klärung, ob bei Betrug die einzelnen Vermögensverfügungen jeweils durch den Irrtum der Geschädigten veranlasst waren, wenn den Angeklagten die Täuschung einer sehr großen Zahl von Personen (hier: mehr als 50.000) mit Kleinschäden (hier: jeweils unter 50 Euro) zur Last liegt. (BGHR)
2. Die Vorgehensweise, bei einem massenhaften Betrug nur fünfzehn Geschädigte zu vernehmen und im Übrigen hinsichtlich der weit überwiegenden Zahl der tateinheitlich begangenen Taten „aus verfahrensökonomischen Gründen“ infolge eines nicht belegten Irrtums lediglich einen Tatversuch anzunehmen, ist unzutreffend. Es besteht zwar die Notwendigkeit, die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege zu erhalten. Ein Tatgericht muss jedoch im Rahmen der Beweisaufnahme die in der Strafprozessordnung dafür bereit gehaltenen Wege beschreiten. Eine einseitige Beschränkung der Strafverfolgung auf bloßen Tatversuch ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft, sieht die Strafprozessordnung auch im Rahmen gleich-

artiger Tateinheit mit vollendeten Delikten nicht vor. (Bearbeiter)

3. In Fällen eines hohen Gesamtschadens, der sich aus einer sehr großen Anzahl von Kleinschäden zusammensetzt, sind die Möglichkeiten einer sinnvollen Verfahrensbeschränkung eingeschränkt. Das Tatgericht hat hier grundsätzlich die von der Anklage umfasste prozessuale Tat (§ 264 StPO) im Rahmen seiner gerichtlichen Kognitionspflicht nach den für die Beweisaufnahme geltenden Regeln der Strafprozessordnung (vgl. § 244 StPO) aufzuklären. (Bearbeiter)

4. Da der Betrugstatbestand voraussetzt, dass die Vermögensverfügung durch den Irrtum des Getäuschten veranlasst worden ist, müssen die Urteilsgründe regelmäßig darlegen, wer die Verfügung getroffen hat und welche Vorstellungen er dabei hatte. Die Überzeugung des Gerichts, dass der Verfügende einem Irrtum erlegen ist, wird dabei – von einfach gelagerten Fällen (z.B. bei standardisierten, auf massenhafte Erledigung ausgerichteten Abrechnungsverfahren) abgesehen – in der Regel dessen Vernehmung erfordern (BGH NStZ 2003, 313, 314). (Bearbeiter)

5. In Fällen eines normativ geprägten Vorstellungsbildes kann es insgesamt ausreichen, nur einige Zeugen einzuvernehmen, wenn sich dabei das Ergebnis bestätigt findet. Aus diesem Grund hat der Bundesgerichtshof etwa die Vernehmung der 170.000 Empfänger einer falsch berechneten Straßenreinigungsgebührenrechnung für entbehrlich gehalten (BGH wistra 2009, 433, 434). (Bearbeiter)

6. Ist die Beweisaufnahme auf eine Vielzahl Geschädigter zu erstrecken, besteht zudem die Möglichkeit, bereits im Ermittlungsverfahren durch Fragebögen zu ermitteln, aus welchen Gründen die Leistenden die ihr Vermögen schädigende Verfügung vorgenommen haben. Das Ergebnis dieser Erhebung kann dann – etwa nach Maßgabe des § 251 StPO – in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Hierauf kann dann auch die Überzeugung des Gerichts gestützt werden, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen die Leistenden eine Vermögensverfügung irrtumsbedingt vorgenommen haben. Ob es in derartigen Fällen dann noch einer persönlichen Vernehmung von Geschädigten bedarf, entscheidet sich nach den Erfordernissen des Amtsaufklärungsgrundsatzes (§ 244 Abs. 2 StPO) und des Beweisantragsrechts (insb. § 244 Abs. 3 StPO). In Fällen eines normativ geprägten Vorstellungsbildes kommt dabei die Ablehnung des Antrags auf die Vernehmung einer größeren Zahl von Geschädigten als Zeugen in Betracht (vgl. BGH wistra 2009, 433, 434). (Bearbeiter)

7. Demgegenüber dürfte in Fällen mit individueller Motivation zur Leistung eines jeden Verfügenden die „Schätzung einer Irrtumsquote“ als Methode der Überzeugungsbildung nach § 261 StPO ausscheiden. Hat ein Tatgericht in solchen Fällen Zweifel, dass ein Verfügender, ohne sich über seine Zahlungspflicht geirrt zu haben, allein deshalb geleistet hat, „um seine Ruhe zu haben“, muss es nach dem Zweifelssatz („in dubio pro reo“) zu Gunsten des Täters entscheiden, sofern nicht aussagekräftige Indizien für das Vorliegen eines Irrtums vorliegen, die die Zweifel wieder zerstreuen.

8. Für die Strafzumessung hat die Frage, ob bei einzelnen Betrugstaten Vollendung gegeben oder nur Versuch eingetreten ist, in der Regel bestimmende Bedeutung. Gleichwohl sind Fälle denkbar, in denen es für die Strafzumessung im Ergebnis nicht bestimmend ist, ob es bei (einzelnen) Betrugstaten zur Vollendung kam oder mangels Irrtums des Getäuschten oder wegen fehlender Kausalität zwischen Irrtum und Vermögensverfügung beim Versuch blieb. Solches kommt etwa in Betracht, wenn Taten eine derartige Nähe zur Tatvollendung aufwiesen, dass es – insbesondere aus Sicht des Täters – vom bloßen Zufall abhing, ob die Tatvollendung letztlich doch noch am fehlenden Irrtum des Tatopfers scheitern konnte. Denn dann kann das Tatgericht unter besonderer Berücksichtigung der versuchsbezogenen Gesichtspunkte auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters und der Tatumstände des konkreten Einzelfalls zum Ergebnis gelangen, dass jedenfalls die fakultative Strafmilderung gemäß § 23 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu versagen ist (vgl. BGH wistra 2011, 18 mwN). (Bearbeiter)

9. Eine solche Wertung hat das Tatgericht in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht ebenso nachprüfbar darzulegen wie die Würdigung, dass und aus welchen Gründen (etwa Nähe zur Tatvollendung, Gefährlichkeit des Versuchs und eingesetzte kriminelle Energie) der Umstand, dass die getroffene Vermögensverfügung letztlich trotz eines entsprechenden Vorsatzes des Täters nicht auf einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung beruhte, auch für die konkrete Strafzumessung im Rahmen des eröffneten Strafrahmens nicht von Bedeutung war. (Bearbeiter)

472. BGH 1 StR 633/12 – Beschluss vom 21. Februar 2013 (LG Potsdam)

Verständigung (Strafrahmen; Recht auf ein faires Verfahren: Hinweispflicht des Gerichts); Betrug (Anrechnung von Nebeneinkünften auf die Versorgungsansprüche eines Beamten: Anzeigepflicht, Schaden); Abgabe einer falscher Versicherung an Eides Statt (Umfang der Wahrheitspflicht); Angriffsrichtung der Verfahrensrüge; Betrug durch Unterlassen (Täuschung durch ungenügende Angaben; verspätete Anzeige der veränderten Einnahmen eines Beamten; Gewerbsmäßigkeit).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 257c StPO; § 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 53 Abs. 1 BeamtVG; § 156 StGB; § 344 StPO

1. Die Angabe eines Strafrahmens durch das Gericht führt nicht dazu, dass nur die Strafuntergrenze als Strafe festgesetzt werden darf. Der Angeklagte kann nur darauf

vertrauen, dass die Strafe innerhalb des angegebenen Strafrahmens liegt. Er muss daher auch damit rechnen, dass die Strafe die Strafrahmenobergrenze erreicht (BGH, Beschluss vom 27. Juli 2010 – 1 StR 345/10, BGHR StPO § 257c Abs. 3 Satz 2 Strafrahmen 1).

2. Bei einer falschen eidesstattlichen Erklärung bestimmen sich Umfang und Grenzen der Wahrheitspflicht nach dem Verfahrensgegenstand und den Regeln, die für das Verfahren gelten, in dem die eidesstattliche Versicherung abgegeben wird. Bei unverlangt abgegebenen eidesstattlichen Versicherungen kommt es darauf an, welches Beweissthema sich in dieser stellt. Allerdings bedeutet dies nicht, dass alles, was der Täter zu dem selbstgesetzten Beweissthema erklärt, auch der Wahrheitspflicht unterliegt. Auszuscheiden sind vielmehr nach dem Schutzzweck der Vorschrift alle Tatsachenbehauptungen, die für das konkrete Verfahren ohne jede mögliche Bedeutung sind (vgl. BGH NStZ 1990, 123, 124).

3. Gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 2 BeamtVG ist der Versorgungsberechtigte verpflichtet, der Regelungsbehörde oder der die Versorgungsbezüge zahlenden Kasse u.a. den Bezug und jede Änderung von Einkünften i.S.v. § 53 BeamtVG unverzüglich anzuzeigen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Regelungsbehörde von den maßgeblichen Tatsachen Kenntnis erhält, um die einschlägigen Ruhensregelungen zur Anwendung zu bringen. Durch die unverzügliche Anzeige des Bezugs und jeder Änderung von Einkünften sollen Überzahlungen verhindert werden. Dies kann nicht erreicht werden, wenn der Einkommensteuerbescheid hinsichtlich der betroffenen Bezüge abzuwarten wäre. Bereits der Beginn sowie jede Änderung des Bezuges von Einkünften i.S.v. §§ 53 bis 56 BeamtVG unter Angabe der voraussichtlichen Höhe der Einkünfte sind anzuzeigen.

431. BGH 3 StR 247/12 – Urteil vom 21. März 2013 (LG Duisburg)

Beweiswürdigung (Beweiswert eines mit der Tatspur übereinstimmenden DNA-Identifizierungsmusters); Anforderungen an die Wiedergabe des Inhalts von Sachverständigengutachten in den Urteilsgründen.

§ 261 StPO; § 267 StPO

1. Ob sich das Tatgericht allein aufgrund einer im Rahmen einer DNA-Analyse ermittelten Merkmalübereinstimmung mit einer entsprechenden Wahrscheinlichkeit von der Täterschaft zu überzeugen vermag, ist vorrangig – wie die Beweiswürdigung ansonsten auch – ihm selbst überlassen. Im Einzelfall kann es revisionsrechtlich sowohl hinzunehmen sein, dass sich das Tatgericht eine entsprechende Überzeugung bildet, als auch, dass es sich dazu aufgrund vernünftiger Zweifel nicht in der Lage sieht (in Abgrenzung zu BGHSt 37, 157, 159 und BGHSt 38, 320, 322 ff.).

2. Es reicht für das Revisionsgericht zur Überprüfung, ob das Ergebnis einer auf einer DNA-Untersuchung beruhenden Wahrscheinlichkeitsberechnung plausibel ist, im Regelfall aus, wenn das Tatgericht mitteilt, wie viele Systeme untersucht wurden, ob diese unabhängig voneinander vererbbar sind (und mithin die Produktregel anwendbar ist), ob und inwieweit sich Übereinstimmun-

gen in den untersuchten Systemen ergeben haben und mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalkombination zu erwarten ist. Sofern der Angeklagte einer fremden Ethnie angehört, ist zudem darzulegen, inwieweit dies bei der Auswahl der Vergleichspopulation von Bedeutung war.

422. BGH 4 StR 552/12 – Beschluss vom 27. März 2013 (LG Essen)

Begriff der prozessualen Tat (sexueller Missbrauch; wesentliche Änderung der Richtung des Täterverhaltens; Serientaten).

§ 174 StGB; § 176 StGB; § 176a StGB; § 264 StPO

Werden die angeklagten Taten des sexuellen Missbrauchs zeitlich und örtlich nur unscharf eingegrenzt und kommt deshalb der geschilderten Begehungsweise für die Unterscheidung von ähnlichen Taten zum Nachteil desselben Opfers maßgebliche Bedeutung zu, kann bei einer wesentlichen Veränderung der Richtung des Täterverhaltens nicht mehr von einer fortbestehenden Tatidentität ausgegangen werden (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 146).

476. BGH 2 StR 534/12 – Beschluss vom 14. März 2013 (LG Frankfurt am Main)

Ablehnungsgesuch wegen Befangenheit (Verfristung bei Entscheidung im Beschlusswege); Anhörungsrüge (Anspruch auf rechtliches Gehör: Kenntniserlangung der entscheidenden Richter)

Art. 103 Abs. 1 GG; § 24 Abs. 1 StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 356a StPO

1. Entscheidet das Gericht über die Revision außerhalb der Hauptverhandlung im Beschlusswege, so kann ein Ablehnungsgesuch in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO nur solange statthaft vorgebracht werden, bis die Entscheidung ergangen ist. Etwas anderes gilt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann nicht, wenn die Ablehnung mit einer Anhörungsrüge nach § 356a StPO verbunden wird, die sich mangels Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG als unbegründet erweist (vgl. BGH NStZ 2007, 416).

2. Zu der Frage, wie die einzelnen Mitglieder eines Spruchkörpers die erforderliche Kenntnis des Streitstoffs erlangen, enthalten weder das Verfahrens- noch das Verfassungsrecht nähere Vorgaben. Die Entscheidung, ob der Spruchkörper sich mit Blick auf die Arbeitsteilung im Kollegium darauf beschränkt, durch den Berichterstatter über den maßgeblichen Sach- und Streitstand informiert zu werden, oder die Vollständigkeit und Richtigkeit des Vortrags dadurch sichert und verstärkt, dass ein weiteres, mehrere oder alle Mitglieder des Spruchkörpers sich den Streitstoff aus den Akten selbst erarbeiten, ist ihm überlassen. Dabei ist es jedem Richter in Ausübung seiner Unabhängigkeit und persönlichen Verantwortung jederzeit unbenommen, sich selbst unmittelbar aus den Akten kundig zu machen, wenn er dies für seine Überzeugungsbildung für erforderlich hält und nicht allein auf den Vortrag des Berichterstatters zurückgreifen möchte (vgl. BVerfG NJW 2012, 2334, 2336 Tz. 25).

488. BGH 4 StR 556/12 – Beschluss vom 26. März 2013 (LG Halle)

Besetzungsrüge (vorübergehendes Unterbleiben der Wiederbesetzung des altersbedingt freigewordenen Senatsvorsitz: analoge Anwendung der Vorschriften über die zeitweise Verhinderung).

§ 222b StPO; § 21f Abs. 2 Satz 1 GVG

1. Im Falle des endgültigen Ausscheidens eines Vorsitzenden aus dem Spruchkörper ist § 21f Abs. 2 Satz 1 GVG entsprechend anzuwenden, sofern und solange die Wiederbesetzung lediglich „vorübergehend“ unterbleibt, also einen angemessenen Zeitraum nicht überschreitet (vgl. BVerfGE 18, 423, 426 f.).

2. Es ist nicht in allen Fällen und ungeachtet der Dauer der mutmaßlichen Vakanz zu verlangen, dass das Präsidium den frei gewordenen Vorsitz dem Vorsitzenden eines anderen Spruchkörpers zusätzlich übertrage (vgl. BSG, NJW 2007, 2717, 2718; BFHE 190, 47, 53 f.). Wie lange das Präsidium im Falle der nicht nahtlosen Besetzung der Stelle eines Vorsitzenden mit der Entscheidung zuwarten darf, einen anderen Vorsitzenden zusätzlich mit dem vakant gewordenen Senatsvorsitz zu betrauen, lässt sich nicht „allgemeingültig“ und losgelöst von dem Grund der Verhinderung beantworten (vgl. BGH NJW 2006, 154, 155).

427. BGH 3 StR 26/13 – Beschluss vom 19. März 2013 (LG Kleve)

Unzulässigkeit der Verlesung von Vernehmungsniederschriften als Gedächtnisstütze für die Verhörsperson (Abgrenzung vom Vorhalt).

§ 253 StPO

1. Erklärt ein Vernehmungsbeamter, er könne sich an den Inhalt der Vernehmung nicht erinnern, kommt eine Verlesung der von ihm gefertigten polizeilichen Vernehmungsniederschrift gemäß § 253 Abs. 1 StPO nicht in Betracht. Diese Vorschrift gilt nicht im Rahmen der Vernehmung von Verhörspersonen, die in der Hauptverhandlung über Bekundungen aussagen, die andere vor ihnen gemacht haben (vgl. BGH StV 1994, 637). Die Vorschrift ist nur anwendbar, wenn es sich bei dem Zeugen, dessen Gedächtnis unterstützt werden soll, um dieselbe Person handelt, deren Aussage in dem zu verlesenden Protokoll festgestellt wurde (BGH NStZ 1984, 17).

2. Verhörspersonen können die darüber aufgenommenen Niederschriften zwar vorgehalten werden, sie dürfen aber nicht zum ergänzenden Urkundenbeweis bei Erinnerungsmängeln benutzt werden (vgl. BGH NStZ 1984, 17).

402. BGH 2 StR 517/12 – Beschluss vom 27. Februar 2013 (LG Aachen)

Keine Aussetzung bei Fortfall einer fakultativen Straf-milderungsmöglichkeit.

§ 265 Abs. 2 und 3 StPO

Auf den mit dem Übergang vom versuchten zum vollendeten Delikt einhergehenden Wegfall dieser fakultati-

ven Milderungsmöglichkeit kann ein Aussetzungsantrag nach § 265 Abs. 2 und 3 StPO nicht gestützt werden (vgl. BGH NJW 1988, 501 zum Entfall einer möglichen Milderung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB).

478. BGH 2 StR 556/12 – Beschluss vom 13. Februar 2013 (LG Frankfurt am Main)

Beweiswürdigung (Beweisaufnahme außerhalb der Hauptverhandlung; Inbegriffsrüge; Beruhen).
§ 261 StPO; § 337 StPO

1. Der Tatrichter darf seiner Entscheidung zur Schuld- oder Straffrage nur das zugrunde legen, was er an Erkenntnissen durch die Verhandlung und in der Verhandlung im Rahmen einer förmlichen Beweiserhebung oder unter Berücksichtigung der Einlassung des Angeklagten gewonnen hat (vgl. BGHSt 19, 193, 195).

2. Dies schließt es grundsätzlich aus, außerhalb der Hauptverhandlung erlangtes Wissen des Richters ohne förmliche Beweiserhebung hierüber zum Nachteil des Angeklagten zu verwerten. Eine Ausnahme kann gelten bei gerichtskundigen Tatsachen, wenn sie zuvor, auch in ihrer Wertung als „gerichtskundig“, zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht worden sind. Dies kommt freilich von vornherein nicht in Betracht, wenn aus Anlass des gegenständlichen Verfahrens erst eine dadurch veranlasste „private Beweisaufnahme“ des Gerichts

außerhalb der Hauptverhandlung zur Gerichtskundigkeit führt.

464. BGH 5 StR 612/12 – Beschluss vom 9. April 2013 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Annahme des Verhinderungsfalls des ordentlichen Vorsitzenden; Öffentlichkeitsrüge (Notwendigkeit eines erneuten Beschlusses zum Öffentlichkeitsausschluss nach einmal beendeter Zeugenvernehmung; Verwirkung).
§ 192 Abs. 2 GVG; § 174 Abs. 1 GVG; § 338 Nr. 6 StPO; § 238 StPO

Ein Beschluss, der die Ausschließung der Öffentlichkeit für die Dauer der Vernehmung eines Zeugen anordnet, gilt grundsätzlich bis zur Beendigung der Vernehmung und deckt den Öffentlichkeitsausschluss auch dann, wenn eine Vernehmung unterbrochen und an einem anderen Verhandlungstag fortgesetzt wird. Wenn jedoch derselbe Zeuge nach Beendigung der Vernehmung in der laufenden Hauptverhandlung nochmals unter Ausschluss der Öffentlichkeit vernommen werden soll, ist grundsätzlich gemäß § 174 Abs. 1 GVG ein neuer Gerichtsbeschluss erforderlich und mithin eine Anordnung des Vorsitzenden nicht ausreichend, selbst wenn in dieser auf den vorausgegangenen Ausschließungsbeschluss Bezug genommen wird.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

392. BGH 1 StR 73/13 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG Düsseldorf)

Verjährungsfristen bei der Steuerhinterziehung im besonders schweren Fall (Regelbeispiele; Bestimmtheitsgrundsatz; Rechtsstaatsprinzip; Gleichheitssatz; Gesamtwürdigung; Typisierung).
§ 78 StGB; § 376 AO; § 370 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO

1. Der Umstand, dass das Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO bis zur Änderung durch das Gesetz vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I, 3198, 3209) und damit zum Zeitpunkt der Tatbeendigung enger gefasst war steht der Anwendung der verlängerten Verjährungsfrist des § 376 Abs. 1 AO nicht entgegen. Maßgeblich ist allein, dass die Voraussetzungen des § 376 Abs. 1 AO erfüllt sind und die Tat zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verjährungsvorschrift noch nicht verjährt war. Damit kommt die zehnjährige Verjährungsfrist des § 376 Abs. 1 AO auch dann zur Anwendung, obwohl die Tat zum Zeitpunkt der Tatbegehung keines der Regelbeispiele des § 370 Abs. 3 Satz 2 AO erfüllt hat.

2. Der Anwendung der zehnjährigen Verjährungsfrist des § 376 Abs. 1 AO steht auch nicht entgegen, dass das

Landgericht für diese Tat die Strafe nicht dem Strafrahmen des § 370 Abs. 3 AO entnommen hat. Entscheidend ist, ob ein Regelbeispiel eines besonders schweren Falles verwirklicht ist, nicht, ob sich die Tat nach der gebotenen Gesamtwürdigung der Umstände im konkreten Einzelfall als besonders schwer darstellt.

3. Die typisierende Anknüpfung der Verjährungsregelung des § 376 Abs. 1 AO an Regelbeispielen besonders schwerer Fälle der Steuerhinterziehung ist auch verfassungsrechtlich unbedenklich.

4. Die Vorschrift des § 376 Abs. 1 AO gilt für alle bei Inkrafttreten des Änderungsgesetzes noch nicht abgelaufenen Verjährungsfristen (vgl. Art. 97 § 23 EGAO).

469. BGH 1 StR 577/12 – Beschluss vom 6. Februar 2013 (LG Essen)

Steuerhinterziehung (Bestimmung der verkürzten Steuer bei Umsatz- und Lohnsteuerhinterziehung; Schätzung, Berechnungsdarstellung); Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Arbeitgeberbegriff; Bestimmung der vorenthaltenen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge; Schätzung; fiktives Bruttogehalt; Nettolohnabrede).

§ 370 Abs. 1 AO; § 266a Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 261 StPO; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV

1. Es ist dem Tatrichter grundsätzlich gestattet, bei der Bestimmung des Beitragsschadens nach § 266a StGB bzw. der hinterzogenen Lohnsteuer die Höhe des an Arbeitnehmer ausbezahlten Schwarzlohns zu schätzen, soweit zu einer konkreteren Bestimmung – etwa anhand erbrachter Arbeitszeiten und konkreter, branchenüblicher oder tarifvertraglicher Stundenlöhne – keine zuverlässigen Beweismittel zur Verfügung stehen oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand und ohne nennenswerten zusätzlichen Erkenntnisgewinn zu beschaffen sind (vgl. BGH NStZ 2010, 635, 636). Er darf dann eine branchenübliche Lohnquote – und zwar eine Nettolohnquote – des jeweils verfahrensgegenständlichen Gewerbes ermitteln und diese als Schätzgrundlage der weiteren Berechnung zugrunde legen (vgl. BGH aaO.).

2. In Fällen illegaler Beschäftigung kann der Tatrichter dabei in der Regel verhältnismäßig höhere Nettolohnquoten zu Grunde legen, als sie bei legaler Beschäftigung branchenüblich sind (vgl. BGH NStZ 2010, 635, 636 f.).

467. BGH 1 StR 35/13 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG Coburg)

Bewaffnete unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Spezialität des bewaffneten unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 4 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB

1. Neben dem bewaffneten unerlaubten Handeltreiben ist eine Verurteilung wegen bewaffneter unerlaubter Einfuhr nicht möglich. Die Einfuhr in nicht geringer Menge ist unselbständiger Teilakt des bewaffneten Handeltreibens, denn als Qualifikationstatbestand geht § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG dem allgemeineren Tatbestand des § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG vor (vgl. BGH NStZ-RR 2000, 91).

2. Von dem Grundsatz, dass sich die Einfuhr als unselbständiger Teilakt des Handeltreibens darstellt, ist allerdings die unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ausgenommen. Denn die Einfuhr in nicht geringer Menge gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG stellt sich gegenüber der Begehungsweise nach § 29a

Abs. 1 BtMG im Hinblick auf die höhere Mindeststrafandrohung als das schwerere Verbrechen dar (vgl. BGH NStZ 1994, 290). Dies führt zur Annahme von Tateinheit zwischen der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und dem unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge als Täter oder Gehilfe (vgl. BGH NStZ 2007, 338).

486. BGH 4 StR 547/12 – Beschluss vom 13. März 2013 (LG Siegen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Grenzwert der nicht geringen Menge: Einzelmengen bei Erwerbsvorgang mit unterschiedlicher Zweckbestimmung, Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln; Mittäterschaft).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

1. Bei Erwerbsvorgängen mit unterschiedlicher Zweckbestimmung richtet sich die rechtliche Einordnung nach den jeweiligen Einzelmengen. Liegt bereits die erworbene Gesamtmenge unter dem Grenzwert zur nicht geringen Menge, ist unerlaubtes Handeltreiben in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG gegeben. Übersteigt jedoch die Gesamtmenge den Grenzwert, so kommt es auf die jeweiligen Teilmengen an: Bei einer nicht geringen Handelsmenge liegt unerlaubtes Handeltreiben mit einer nicht geringen Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG vor. Ist auch die restliche Eigenverbrauchsmenge nicht gering, ist Tateinheit mit unerlaubtem Besitz einer nicht geringen Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG gegeben, bei einer darunter liegenden Eigenverbrauchsmenge dagegen Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG.

2. Die Annahme von Mittäterschaft setzt eine wertende Betrachtung aller von der Vorstellung der Beteiligten umfassten Umstände voraus, wobei dem jeweiligen Interesse am Taterfolg, dem Umfang der Tatbeteiligung und dem Vorhandensein von Tatherrschaft eine indizielle Bedeutung zukommen. Dient der gemeinsame Ankauf einer größeren Rauschgiftmenge der Reduzierung der Transportkosten und der Erzielung eines günstigen Einkaufspreises, kann ein mittäterschaftliches Handeln mit der Folge vorliegen, dass eine Zurechnung der Gesamtmenge und nicht nur eine anteilmäßige Zuordnung erfolgt.

Der tkü-spezifische Kernbereichsschutz im Verständnis des Zweiten Senats des BVerfG

Eine Besprechung von BVerfGE 129, 208 = HRRS 2012 Nr. 29 und Folgerungen für die Praxis

Von Prof. Dr. Fredrik Roggan, Berlin

I. Einleitung

Der Kernbereich privater Lebensgestaltung ist in den Focus der rechtswissenschaftlichen Aufmerksamkeit durch die Entscheidung des BVerfG zum großen Lauschangriff vom 3. März 2004¹ gelangt.² Im Gegensatz zur Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO handelt es sich bei solchen Maßnahmen nach § 100c StPO freilich um ein quantitatives Randphänomen.³ Jedoch lässt sich die hier interessierende Problematik ohne Kenntnis der dort entwickelten Grundsätze nur unvollständig erfassen, weshalb sie hier einleitend kurz zu referieren sind.

Aus dem Menschenwürdegehalt des Wohnungsgrundrechts (Art. 13 Abs. 1 iVm 1 Abs. 1 GG) leitet das BVerfG ab, dass zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung die Möglichkeit gehört, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen, und zwar ohne Angst, dass staatliche Stellen dies überwachen. Vom (absoluten!) Schutz umfasst sind auch Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität.⁴ Insbesondere ist die Kommunikation mit Personen des besonderen Vertrauens⁵ in besonderer Weise schutzwürdig und folglich von einer staatlichen Kenntnisnahme im Sinne eines abwägungsfesten Schutzes grundsätzlich auszunehmen. Für den Bereich der Lauschangriffe folgt hieraus, dass be-

stimmte Räumlichkeiten von einer Überwachung *a priori* ausgenommen sein können (vgl. § 100c Abs. 4 StPO) bzw. eine Überwachung abubrechen ist, wenn sich (unerwartet) Anhaltspunkte für die Betroffenheit der Intimsphäre ergeben. Sodann greifen Lösungsgebote, absolute Verwertungsverbote⁶ sowie flankierende Dokumentationspflichten (vgl. § 100c Abs. 5 StPO).

Als Quintessenz folgt hieraus, dass es verfassungsrechtlich um eine möglichst weit reichende Minimierung des Risikos der Betroffenheit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung geht: Schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ist dafür zu sorgen, dass Verletzungen dieses Bereichs nach Möglichkeit unterbleiben.

Im Nachgang zu der Entscheidung des BVerfG zu § 100c StPO hatte der *Erste Senat* wiederholt die Gelegenheit, auf das Erfordernis eines gesetzlichen Kernbereichsschutzkonzepts auch bei anderen Ermittlungsmethoden, namentlich auch Telekommunikationsüberwachungen,⁷ hinzuweisen. In der Entscheidung zum Niedersächsischen SOG etwa heißt es, dass die Bürger zur höchstpersönlichen Kommunikation zwar nicht in gleicher Weise auf die Telekommunikation angewiesen seien wie auf eine Wohnung. Die stets garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde verlange aber auch im Gewährleistungsbereich des Art. 10 Abs. 1 GG Vorkehrungen zum Schutz individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung. Deshalb bedürfe es auch in diesem Bereich kernbereichsschützender Regelungen. Diese hätten im Rahmen einer gesetzgeberischen Schutzpflicht⁸ vorzusehen, dass bei konkreten Anhaltspunkten für die Annahme, dass eine Telekommunikationsüberwachung Inhalte erfasse, die zu diesem Kernbereich gehören, sie nicht zu rechtfertigen sei und damit zu unterbleiben habe.⁹

¹ BVerfG StV 2004, 169 = BVerfGE 109, 279 = BVerfG HRRS 2004 Nr. 170 – HRRS bezieht sich auf die Online-Zeitschrift für Strafrecht, (<http://www.hrr-strafrecht.de>).

² Grundlegend *Warntjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung (2007, zugl. Diss.).

³ In 2011 etwa wurde die Maßnahme zehnmal angeordnet, vgl. BT-Drs. 17/10601, S. 3.

⁴ BVerfG StV 2004, 169, 170 = BVerfGE 109, 279, 313 = BVerfG HRRS 2004 Nr. 170 – gerade letztere werden sich freilich eher in der räumlichen denn der telekommunikativen Privatsphäre verwirklichen; vgl. dazu auch *Löffelmann* ZStW 118, 358, 382.

⁵ Zu diesem Kreis näher BVerfG StV 2004, 169, 172 f. = BVerfGE 109, 279, 321 ff = BVerfG HRRS 2004 Nr. 170.

⁶ BVerfG StV 2004, 169, 175 = BVerfGE 109, 279, 331 = BVerfG HRRS 2004 Nr. 170.

⁷ Ausf. dazu schon *Warntjen* KJ 2005, 276 ff.

⁸ *Baldus* JZ 2008, 218, 220 f.

⁹ BVerfGE 113, 348, 391 f. = BVerfG HRRS 2005 Nr. 718; ausf. dazu *Bergemann*, in: Roggan (Hg.), Lauschen im Rechtsstaat – Liskén-GS, 2004, S. 69 ff.; a. A. bspw. noch BGHSt 29, 23, 25.

Im Anschluss an diese Rechtsprechung entschied der *Zweite Senat* des BVerfG bei einer E-Mail-Beschlagnahme, dass bei tatsächlichen Anhaltspunkten für die Annahme, dass ein Zugriff auf gespeicherte Telekommunikation Inhalte erfasse, die zum Kernbereich gehörten, er *insoweit* nicht zu rechtfertigen und *insoweit* zu unterbleiben habe.¹⁰

In dieser Judikatur ist eine Präzisierung des Kernbereichsschutzes, möglicherweise aber auch eine Aufweichung der Kriterien für ein Überwachungsverbot zu erkennen. Denn während im Diktum des *Ersten Senats* die Auslegung nicht fern liegend ist, dass es ein (Gesamt-)Maßnahmeverbot („eine Telekommunikationsüberwachung“¹¹) meint,¹² schränkt der *Zweite Senat* das Überwachungsverbot erkennbar auf bestimmte Kommunikationsbeziehungen („insoweit“) ein (dazu näher unter II.2.).

Unabhängig hiervon ist aber festzuhalten, dass bis hierhin der Prognosemaßstab in beiden Senaten einheitlich verstanden wird: Jeweils lösen „tatsächliche Anhaltspunkte“ ein Überwachungsverbot aus. Dieser Terminus ist vor allem aus polizeirechtlichen Eingriffstatbeständen im Bereich der sog. Vorfeldermittlungen¹³ bekannt. Gegenstand ist dort die Prognose einer zukünftigen Rechtsgutsverletzung,¹⁴ bei der eine entsprechende *Möglichkeit* bereits ausreicht und nur reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrungen gestützte, fallunabhängige Vermutungen als Grundlage einer Entscheidung nicht ausreichen.¹⁵ Was dort ermächtigungsbegründende tatbestandliche Schwelle ist, wird hier von beiden Senaten als maßnahmeverbotsbegründender Terminus verwandt. Pointiert ist also zu formulieren, dass im bereits eingeleiteten Ermittlungsverfahren unter leichteren Bedingungen ein Datenerhebungsverbot greift, als dasselbe überhaupt einzuleiten ist (*zureichende* Anhaltspunkte, § 152 Abs. 2 StPO).¹⁶

II. Zur Entscheidung des Zweiten Senats

Vor diesem skizzierten Hintergrund hatte der *Zweite Senat* über die Verfassungsmäßigkeit von § 100a Abs. 4 StPO zu entscheiden. Danach ist eine Maßnahme unzulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch sie *allein* Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden (Satz 1). Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch eine Maßnahme erlangt wurden, dürfen nicht verwertet werden (Satz 2). Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen (Satz 3). Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist aktenkundig zu machen (Satz 4).

¹⁰ BVerfG StV 2009, 617, 622 – Hervorhebungen durch Verf. BVerfGE 113, 348, 391 = BVerfG HRRS 2005 Nr. 718.

¹² So versteht etwa SK-StPO/Wolter, 4. Aufl. (2010), § 100a Rn. 57 das BVerfG; zust. Roggan StV 2011, 762, 765.

¹³ Grdl. hierzu Weßlau Vorfeldermittlungen (1989).

¹⁴ Bergemann DuD 2007, 581, 583.

¹⁵ Vgl. etwa BVerfG NJW 2001, 1121; näher Rachor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. (2012), S. 345 ff.

¹⁶ Roggan StV 2011, 762, 763.

1. Maßnahmebegriff des Gesetzes

Allgemein ist als Maßnahme im rechtlichen Sinne ein hoheitlich begründetes Handeln zu verstehen, das in die (Grund-)Rechte einer Person eingreift und unter Umständen gegen ihren Willen vollzogen wird.¹⁷ Begrifflich kann also sowohl eine einzelne Handlung (eine Festnahme etc.) wie auch eine Anordnung von mehreren, erst noch vorzunehmenden Vollzugshandlungen als Maßnahme aufzufassen sein.

Bei einer systematischen Betrachtung kann § 100a Abs. 4 StPO mit „Maßnahme“ nur eine anzuordnende Telekommunikationsüberwachung als *Gesamtmaßnahme* meinen, die ihrerseits sodann in einer Vielzahl von Überwachungseinzelakten durchzuführen ist. Das ergibt sich daraus, dass § 100b Abs. 1 S. 1 StPO von „Maßnahmen nach § 100a“ spricht, die grundsätzlich der richterlichen Anordnung bedürfen. Die Anordnung wiederum betrifft nach § 100b Abs. 2 Nr. 2 den Anschluss oder das Endgerät eines Betroffenen. Mithin meint § 100a Abs. 4 S. 1 StPO einen anschluss- bzw. endgerätebezogenen Kernbereichsschutz. Dieser Umstand ist von Bedeutung für die folgenden Darlegungen.

Als institutionelle Ausprägung eines Überwachungsverbots hatte der Gesetzgeber Anschlüsse der Telefonseelsorge im Blick.¹⁸

2. Zweiter Senat: Verbindungs- bzw. kontaktbezogener Kernbereichsschutz

Der *Zweite Senat* erteilt einem weitergehenden, anschluss- bzw. endgerätebezogenen Kernbereichsschutz auf gesetzlicher Ebene eine klare Absage, indem er die durch § 100a Abs. 4 StPO geschaffenen Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei der Telekommunikationsüberwachung auf der Erhebungsebene als den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügend bezeichnet.¹⁹ Er befindet sich damit auf einer Linie mit einer in der Kommentar-Literatur verbreiteten Meinung.²⁰ Demgegenüber entspricht es einer weit verbreiteten Kritik im sonstigen Schrifttum, dass die Ausschlussklausel des Satzes 1 weitestgehend leer läuft.²¹

¹⁷ Vgl. nur Lensch, in: Möllers (Hrsg.), Wörterbuch der Polizei, 2. Aufl. (2010), S. 1231.

¹⁸ BT-Drucks. 16/5846, S. 45; sehr krit. dazu Braun/Fuchs Die Polizei 2010, 185, 189 – Gesetzesbegründung überschreitet damit „die Grenze zur Lächerlichkeit“.

¹⁹ BVerfG HRRS 2012 Nr. 29, Abs. 205 ff. = BVerfGE 129, 208, 245 ff. = BVerfG NJW 2012, 833, 837 ff. = BVerfG, 2 BvR 236/08 v. 12.10.2011, Abs. 209 ff.

²⁰ Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. (2012), § 100a Rn. 24; KK-StPO/Nack, 6. Aufl. (2008), § 100a Rn. 39; Graf, in: ders. (Hg.), StPO, 2. Aufl. (2012), § 100a Rn. 51 ff.; wohl auch Röwer, in: Radtke/Hohmann, StPO (2011), § 100a Rn. 23; AnwKomm-StPO/Löffelmann, 2. Aufl. (2010), § 100a Rn. 11.

²¹ Zöller StraFo 2008, 15, 22; ders. ZStW 124 (2012), 411, 431; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. (2011), Rn. 2492; Wolter GA 2007, 183, 196; Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 114; Nöding StraFo 2007, 456, 458; Knierim StV 2008, 599, 603; Baum/Schantz ZRP 2008, 137, 138; HK-StPO/Gercke, 5. Aufl. (2012), § 100a Rn. 33; Gercke StV

a) Gründe für schwachen Kernbereichsschutz in der Erhebungsphase

Im Ansatz (nicht jedoch in den Konsequenzen, dazu näher unter 3.) zutreffend konstatiert der *Zweite Senat*, dass es in vielen Fällen praktisch unvermeidbar ist, dass die Ermittlungsbehörden Informationen zur Kenntnis nehmen, bevor sie deren Kernbereichsbezug erkennen.²² Es genüge in diesen Fällen, für einen hinreichenden Schutz in der Auswertungsphase zu sorgen. Es müssen danach nicht einmal dann TKÜ-Maßnahmen unterlassen werden, wenn – so muss er wohl verstanden werden – von vornherein feststeht, dass *auch* Tatsachen mit erfasst werden, die den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts berühren. Als Grund nennt der *Senat*, dass andernfalls die Telekommunikationsüberwachung in einem Maße eingeschränkt werde, dass eine wirksame Strafverfolgung gerade im Bereich schwerer und schwerster Kriminalität nicht mehr gewährleistet wäre.²³

Sodann stellt der *Zweite Senat* auf die aktuelle TKÜ-Praxis ab und konstatiert zunächst, dass es „in aller Regel“ an operationalisierbaren Kriterien fehle,²⁴ um eine Erhebung von Kommunikationsinhalten mit Kernbereichsbezug vorausschauend zu vermeiden. Hieran anschließend stellt er fest, dass Telekommunikationsüberwachung mittels automatisierter Aufzeichnung der Kommunikationsinhalte durchgeführt werde und eine persönliche Überwachung durch (paralleles) Mithören in Echtzeit „in der Regel“ nur punktuell stattfinden könne.²⁵ Und selbst bei einer Echtzeitüberwachung seien „vielfach“ praktische Schwierigkeiten zu gewärtigen, so dass – namentlich bei Kommunikation in fremden Sprachen und Dialekten – eine etwaige Kernbereichsrelevanz „nicht stets sofort“ zutreffend erfasst und beurteilt werden könne.²⁶ Selbst unter günstigsten Voraussetzungen seien die Strafverfolgungsbehörden „vielfach“ nicht in der Lage, Stimmen bestimmten Personen zuzuordnen.²⁷

Ohne dass er dies explizit ausspricht, besteht für den *Zweiten Senat* aus den skizzierten Gründen kein Anlass, auf gesetzlicher Ebene das Gebot einer Echtzeitüberwa-

2012, 266, 267; *Bittmann DRiZ* 2007, 115, 116: „überflüssig“; *Braun/Fuchs Die Polizei* 2010, 185, 189 f.; *Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht*, 27. Aufl. (2012), S. 295; *ausf. auch Roggan StV* 2011, 762, 763 f.; ferner *Joecks, Studienkommentar StPO*, 3. Aufl. (2011), § 100a Rn. 25; *Schwabenbauer AöR* 137 (2012), 1, 6.

²² BVerfG HRRS 2012 Nr. 29, Abs. 207 = BVerfGE 129, 208, 245 = BVerfG NJW 2012, 833, 837 = BVerfG, 2 BvR 236/08 v. 12.10.2011, Abs. 211.

²³ BVerfG HRRS 2012 Nr. 29, Abs. 212 = BVerfGE 129, 208, 247 = BVerfG, NJW 2012, 833, 837 = BVerfG, 2 BvR 236/08 v. 12.10.2011, Abs. 216.

²⁴ BVerfG HRRS 2012 Nr. 29, Abs. 213 = BVerfGE 129, 208, 247 = BVerfG, NJW 2012, 833, 837 = BVerfG, 2 BvR 236/08 v. 12.10.2011, Abs. 217.

²⁵ BVerfG HRRS 2012 Nr. 29, Abs. 214 = BVerfGE 129, 208, 248 = BVerfG, NJW 2012, 833, 837 = BVerfG, 2 BvR 236/08 v. 12.10.2011, Abs. 218.

²⁶ BVerfG HRRS 2012 Nr. 29, Abs. 215 = BVerfGE 129, 208, 248 = BVerfG, NJW 2012, 833, 838 = BVerfG, 2 BvR 236/08 v. 12.10.2011, Abs. 219.

²⁷ BVerfG HRRS 2012 Nr. 29, Abs. 215 = BVerfGE 129, 208, 249 = BVerfG, NJW 2012, 833, 838 = BVerfG, 2 BvR 236/08 v. 12.10.2011, Abs. 219.

chung bei der Überwachung bestimmter Anschlüsse oder Endgeräte zu statuieren.

b) Ausschließlicher Kernbereichsschutz als Grund für Maßnahmeverbot

Vom Vorstehenden abgesehen macht der *Zweite Senat* eine Einschränkung vom sich grundsätzlich erst in der Auswertungsphase auswirkenden Kernbereichsschutz: Ein ausschließlicher Kernbereichsbezug könne vor allem dann angenommen werden, wenn der Betroffene mit Personen kommuniziere, zu denen er in einem besonderen, den Kernbereich betreffenden Vertrauensverhältnis – wie zum Beispiel engsten Familienangehörigen, Geistlichen, Telefonseelsorgern, Strafverteidigern oder im Einzelfall auch Ärzten – stehe. Soweit ein derartiges Vertrauensverhältnis für Ermittlungsbehörden erkennbar sei, dürften Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung nicht durchgeführt werden.²⁸

3. Kritik

Die Entscheidung ist nicht nur aufgrund begrifflicher Unschärfen, sondern auch deswegen zu kritisieren, weil der *Senat* den Eindruck nicht vollständig zu vermeiden vermag, dass letztlich auch fiskalische Motive meinungsbildend gewirkt haben. Darüber hinaus erscheint es nachgerade befremdlich, dass Einwände aus den Reihen des *Ersten Senats*, wonach das Erfordernis des Kernbereichsschutzes nicht schon dadurch eingelöst werde, dass die Datenerhebung (nur) dann unterbleibe, wenn „alleine“ kernbereichsrelevante Erkenntnisse betroffen seien, wie es aber § 100a Abs. 4 StPO und andere Normen²⁹ vorsähen,³⁰ dem *Zweiten Senat* nicht einmal eine Erwähnung wert waren.

a) Unterschiedliche Maßnahmebegriffe

Es bedarf zunächst der Klärung, was der *Senat* mit dem „ausschließlichen Kernbereichsbezug“ in bezeichnetem Sinne als Auslöser von Maßnahmeverboten meint. Im Ansatz (und vor allem isolierter Betrachtung dieses Absatzes) kommt in Betracht, dass er mit dem *ausschließlichen* auf den *alleinigen* Kernbereichsbezug in § 100a Abs. 4 StPO rekurriert. Dann würde aber jede Kommunikation zwischen Vertrauenspersonen, also beispielsweise ein Telefongespräch unter engen Familienangehörigen, zu einem Verbot der TKÜ als solcher oder jedenfalls ihrer weiteren Durchführung führen. Das würde die TKÜ als Ermittlungsmethode aus Gründen des Kernbereichsschutzes in vielen Fällen verunmöglichen. Erklärtermaßen will der *Zweite Senat* aber gerade diese Folge vermeiden (s. o.). Dass dieses Verständnis zu verwerfen ist, ergibt sich aber auch aus der inhaltlichen Unrichtigkeit der Aussage. Denn es wäre ja schlicht falsch, einen *ausschließlichen* Kernbereichsbezug anzunehmen, nur weil ein Anschluss oder Endgerät *unter anderem auch* zu entsprechender Kommunikation genutzt wird.

²⁸ BVerfG HRRS 2012 Nr. 29, Abs. 211 = BVerfGE 129, 208, 247 = BVerfG, NJW 2012, 833, 837 = BVerfG, 2 BvR 236/08 v. 12.10.2011, Abs. 215.

²⁹ Vgl. §§ 3a S. 1 G10; 20l Abs. 6 BKAG; § 23a Abs. 4a ZfFdG.

³⁰ *Hoffmann-Riem JZ* 2008, 1009, 1021.

Mit „Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung“ kann der *Zweite Senat* also nur *bestimmte* Kommunikationen bzw. TK-Kontakte meinen, die von einer Überwachung auszunehmen sind. Ein Erhebungsverbot gilt demnach für Verbindungen zwischen bestimmten Anschlüssen bei ansonsten weiter zulässiger Überwachung des Anschlusses im Übrigen. Dieses Verständnis liegt auch auf der Linie der referierten, älteren Rechtsprechung des *Senats* zur E-Mail-Beschlagnahme, wonach ein Zugriff auf bestimmte Inhalte bei tatsächlichen Anhaltspunkten für einen Kernbereichsbezug lediglich *insoweit* unzulässig ist.³¹

Zu kritisieren ist vor allem, dass sich ein solcher verbindungs- bzw. kontaktbezogener Kernbereichsschutz nach Ansicht des *Zweiten Senats* nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben muss. Die Rechtsanwender können die verfassungsrechtlichen Grenzen von Eingriffen in das TK-Geheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG also nicht abschließend aus § 100a Abs. 4 StPO entnehmen. In Anbetracht der Bedeutung der hier in Rede stehenden Problematik ist das unter dem Gesichtspunkt der Wesentlichkeitslehre grundlegend unbefriedigend. Diese verlangt bekanntermaßen, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, im Bereich der Grundrechtsausübung alle wesentlichen Entscheidungen *selbst* zu treffen.³² Mit anderen Worten: Ohne Kenntnis der Entscheidung vom 12. Oktober 2011 lassen sich die Voraussetzungen von Überwachungsverboten bei strafprozessualen TKÜ nicht mit der erforderlichen Sicherheit bestimmen.

Auch konkretisiert der *Senat* nicht, auf welche Weise dieser verbindungsbezogene Kernbereichsschutz zu bewirken ist. In Betracht kommen insoweit technische Vorkehrungen, die ein Mithören sowie eine Aufzeichnung bestimmter Kommunikationen von vornherein unterbinden. Denkbar ist jedoch auch, dass bei einer im Einzelfall bestehenden „Verletzungsneigung“ ein manueller Überwachungsabbruch zu gewährleisten ist. Bei Beachtung des Grundsatzes, dass es verfassungsrechtlich um eine weitestgehende Minimierung des Risikos einer Kernbereichsverletzung gehen muss,³³ ist einem technisch bewirkten, verbindungsbezogenen Kernbereichsschutz indessen der Vorzug zu gewähren.

b) Die Bedeutung von praktischen Schwierigkeiten bei der Durchführung

Die Entscheidung vom 12. Oktober 2011 berücksichtigt offenbar – ohne dass sie sich dazu ausdrücklich bekennt – die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege als Belang von Verfassungsrang bei der Frage, wie stark auf gesetzlicher Ebene der Kernbereichsschutz konkretisiert werden muss. Nach diesem Prinzip enthält der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil und verlangt insoweit auch die Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Rechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann.³⁴ Es liegt auf der Hand, dass sich diese

Funktionsfähigkeit auf Kollisionskurs mit strafprozessualen Garantien befinden kann.³⁵

Der *Zweite Senat* hält offenkundig bereits den quantitativen Umfang der zu ermöglichenden TKÜ-Maßnahmen für schutzwürdig. Anders ist der Ausspruch, dass ein umfassenderes Erhebungsverbot (auf gesetzlicher Ebene) die Telekommunikationsüberwachung in einem Maße einschränken würde, dass eine wirksame Strafverfolgung gerade im Bereich schwerer und schwerster Kriminalität nicht mehr gewährleistet wäre,³⁶ kaum zu deuten. Indessen wäre zu erwägen gewesen, dass gesetzliche Restriktionen durchaus zu einem „grundrechtsfreundlicheren“ Anordnungsverhalten der Ermittlungsrichter³⁷ hätte beitragen können.³⁸ Darum ging es dem Gericht indessen erklärtermaßen nicht.

a) Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege versus antizipierter Menschenwürdeschutz

Stattdessen ist die Entscheidung durchzogen von Beschreibungen, die auf strafverfolgerische Belange, namentlich „praktische Schwierigkeiten“, Rücksicht nehmen. Das Gericht rekurriert insoweit auf die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege³⁹ und damit einen verfassungsrechtlichen Argumentationstopos, der im Ansatz mitnichten in Frage zu stellen ist.⁴⁰ Denn – kurz gefasst: Die Durchsetzung materiellen Rechts (und damit der staatliche Strafanspruch) als wesentlichem Prozessziel ist ohne sie nicht möglich. Indessen darf mit Blick auf die hier interessierende Problematik nicht übersehen werden, dass Effizienz für sich genommen keineswegs bzw. stets der Vorrang gegenüber anderen Maximen einer rechtsstaatlichen Beweiserhebung gebührt. Dies gilt umso eher, als sie mit einem an sich unverfügbaren Verfassungswert, der Unantastbarkeit der Menschenwürde, in Widerstreit gerät.⁴¹

Jenseits des Streits,⁴² welches Gewicht dem genannten Topos im Rechtsstaat zukommt, besteht jedenfalls im Grundsatz weitgehend Einigkeit darüber, dass die widerstreitenden Belange im Einzelfall gegeneinander abzuwägen und nach ihrer Bedeutung zu gewichten sind.⁴³ Dieses Abwägungsgebot spiegelt sich in der Entscheidung vom 12. Oktober 2011 nur insoweit wider, als der hier so verstandene „Reparaturbetrieb“ auf der Auswertungsebene (§ 100a Abs. 4 S. 2 bis 4 StPO) die riskierte Kernbereichsverletzung durch Verwertungsverbote, Lö-

³¹ Vgl. oben Fn. 10.

³² Vgl. nur BVerfGE 77, 170, 230 f.

³³ Vgl. dazu BVerfG StV 2004, 169, 173 = BVerfGE 109, 279, 323 = BVerfG HRRS 2004 Nr. 170.

³⁴ St. Rspr.; vgl. etwa BVerfGE 33, 367, 383 mwN.

³⁵ Instruktiv dazu etwa *Riehle* KJ 1980, 316 ff.

³⁶ BVerfG HRRS 2012 Nr. 29, Abs. 212 = BVerfGE 129, 208, 247 = BVerfG NJW 2012, 833, 837 = BVerfG, 2 BvR 236/08 v. 12.10.2011, Abs. 216.

³⁷ Vgl. dazu schon die (Zusammenfassung der) Untersuchung von *Backes/Gusy* StV 2003, 249 ff.

³⁸ *Gercke* StV 2012, 266, 267.

³⁹ St. Rspr. seit BVerfGE 33, 367, 383 – Zeugnisverweigerung aus beruflichen Gründen.

⁴⁰ Näher dazu etwa *Roxin/Schünemann* (Fn. 21), S. 4.

⁴¹ Grundlegend dazu *Wolter*, in: *Geppert/Dehnicke* (Hg.), Meyer-GS, 1990, S. 493 ff.

⁴² Vgl. exemplarisch einerseits *Landau* NSTZ 2007, 121 ff. und andererseits *Hassemer* StV 1982, 275 ff. = *Freiheitliches Strafrecht*, 2001, S. 129 ff.

⁴³ Vgl. wiederum statt vieler *Roxin/Schünemann* (Fn. 21), S. 4 m.w.N.

schungsgebote und Dokumentationspflichten zu kompensieren hat. Tatsächlich wird hiermit aber diese Sphäre nicht geschützt, sondern diesbezügliche – ihn zunächst einmal verletzende – Ermittlungen erst einmal ausdrücklich zugelassen.⁴⁴ Oder noch deutlicher: Zum – unbeanstandeten – Normprogramm des § 100a Abs. 4 StPO gehört im Sinne einer „allein praxisgerechten Lösung“⁴⁵ die planmäßige Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung.

Demgegenüber hätte es nach hier vertretener Auffassung zumindest nahe gelegen, dem differenzierten Verletzungsrisiko durch eine wesentlich feiner gegliederte Dogmatik auf Erhebungsebene zu entsprechen. Oder mit anderen Worten: Dass es nach Ansicht des *Zweiten Senats* in keiner Konstellation verfassungsrechtlich geboten sein soll, eine Echtzeitüberwachung mit der jederzeitigen Möglichkeit zum Überwachungsabbruch durchzuführen, weist auf eine unzureichende und damit grundlegend unbefriedigende Abwägungsleistung des Beschlusses hin. Offenkundig muss eben diese künftigen Einzelfallentscheidungen, wie sie in der Vergangenheit allerdings nur vereinzelt zu registrieren waren,⁴⁶ vorbehalten bleiben.

III. Folgerungen für TKÜ-Beschlüsse

Die Funktion der richterlichen Anordnung nach § 100b StPO besteht vor allem in einer vorbeugenden Kontrolle der TKÜ-Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz. Nach der st. Rspr. des BVerfG hat der Richter aufgrund seiner persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und seiner strikten Unterwerfung unter das Gesetz (Art. 97 GG) die Rechte der Betroffenen im Sinne einer „kompensatorischen Repräsentation“ am besten und sichersten wahr.⁴⁷ In dieser Funktion hat der Richter die beabsichtigte Maßnahme eigenverantwortlich zu prüfen und insoweit dafür Sorge zu tragen, dass die sich aus der Verfassung und dem einfachen Recht ergebenden Voraussetzungen einer Maßnahme genau beachtet werden. Als Kontrollorgan der Strafverfolgungsbehörden trifft ihn die Pflicht, durch eine geeignete Formulierung des Anordnungsbeschlusses im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherzustellen, dass der Eingriff in die Grundrechte messbar und kontrollierbar bleibt.⁴⁸

In diesem Zusammenhang ist in Erinnerung zu rufen, dass § 100b Abs. 2 S. 2 StPO lediglich die Mindestanforderungen an eine Beschlussformel aufführt.⁴⁹ Der prozedurale Grundrechtsschutz soll nicht nur die Einhaltung der tatbestandlichen Voraussetzungen (hier: nach § 100a StPO), sondern darüber hinaus auch die grundrechtlichen und insbesondere menschenwürdebezogenen Belange des bzw. der Betroffenen gewährleisten. Dieses Obligo lässt sich auch in § 100b Abs. 2 Nr. 3 StPO „hi-

neinlesen“, wonach die Anordnung auch den „Umfang“ der Maßnahme zu bestimmen hat. Umfängliche Grenzen einer TKÜ-Maßnahme können sich – je nach Einzelfall – namentlich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergeben; diese haben sich also bereits im Anordnungsbeschluss niederzuschlagen.⁵⁰

Vor diesem Hintergrund sind die Maßgaben des Beschlusses vom 12. Oktober 2011, wonach ein ausschließlicher Kernbereichsbezug anzunehmen ist, wenn der Betroffene von dem zu überwachenden Anschluss mit Personen kommuniziert, zu denen er in einem besonderen Vertrauensverhältnis steht, von Bedeutung, weil sie – ggf. *a priori* – ein Überwachungsverbot im Hinblick auf bestimmte Kontakte auslösen (können).⁵¹

Betrachtet man die Minimierung einer Betroffenheit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, so hat sich dies in TKÜ-Anordnungsbeschlüssen zumindest in dem vom *Zweiten Senat* verlangten Umfang niederzuschlagen. Hiernach sind in den genannten Fällen Erhebungsverbote anzuordnen. Denn nur durch explizite Maßgaben kann die vom BVerfG verlangte Mess- und Kontrollierbarkeit des Eingriffs in Art. 10 Abs. 1 GG ausreichend sicher gewährleistet werden. Als von vornherein unzulänglich sind damit Beschlüsse anzusehen, die der die Anordnung durchführenden Strafverfolgungsorganen keinerlei Umfangsgrenzen in gegenständlicher Hinsicht aufgeben. Erforderlich sind insbesondere Vorgaben, wie mit nachträglich gewonnenen Erkenntnissen zur konkreten Nutzung eines überwachten Anschlusses im Sinne eines dann „operationalisierbaren“ Kriteriums umzugehen ist.

Anlass für besonders eine sorgfältige Verhältnismäßigkeitsprüfung in bezeichnetem Sinne dürfte die Überwachung der Anschlüsse von Nachrichtemittlern, mithin Unverdächtigen, sein. Ein gesteigertes und aus Verhältnismäßigkeitsgründen zu minimierendes Risiko einer Kernbereichsverletzung dürfte auch bei Familien- und anderen vorwiegend privat genutzten Festnetzanschlüssen anzunehmen sein.

IV. Fazit: Kernbereichsschutz unter Fiskalvorbehalt?

Zusammenfassend ist zunächst festzuhalten, dass sich der tkü-spezifische Kernbereichsschutz nicht auf das Normprogramm des § 100a Abs. 4 StPO beschränkt, sondern durch einen kontaktbezogenen Kernbereichsschutz ergänzt wird. Damit erkennt der *Zweite Senat* zumindest an, dass entweder von vornherein, oder, weil entsprechende Erkenntnisse zur Nutzung von TK-Anschlüssen bei gegenwärtiger Ermittlungspraxis fehlen können, im Laufe des Vollzugs der (Gesamt-)Maßnahme durch die Strafverfolgungsbehörden bestimmte Kommunikationen von der Überwachung auszunehmen sind. In Betracht kommt insoweit vor allem eine technisch bewirkte – die Machbarkeit unterstellt – Nicht-Erfassung von Kontakten zwischen Personen des höchstpersönlichen Vertrauens. Indessen verlangt er nicht einmal dann,

⁴⁴ Zöller ZStW 124 (2012), 411, 431; ders. StraFo 2008, 15, 22.

⁴⁵ So ausdrücklich Meyer-Gofßner (Fn. 20), § 100a Rn. 24.

⁴⁶ LG Ulm StV 2006, 8 f. m. zust. Anm. Roggan.

⁴⁷ Zuletzt BVerfGE 120, 274, 332 – Online-Durchsuchungen.

⁴⁸ Vgl. dazu exemplarisch BVerfGE 103, 142, 151 – Wohnungsdurchsuchung; BVerfGE 109, 279, 359 = BVerfG HRRS 2004 Nr. 170 – Lauschangriff; vgl. auch BVerfGE 9, 89, 97 – Haftbefehl; BVerfGE 77, 1, 51 – Beschlagnahme.

⁴⁹ HK-StPO/Gercke (Fn. 21), § 100b Rn. 7.

⁵⁰ SK-StPO/Wolter (Fn. 12), § 100b Rn. 13.

⁵¹ Vgl. oben II.2.

wenn das nach den Umständen mit besonderer Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, eine jederzeitige Überwachungsabbruchmöglichkeit mittels „manueller“ Intervention. Insoweit vermag der *Senat* den Eindruck nicht vollständig zu vermeiden, dass er die Vermeidung einer personalintensiven Begleitung von laufenden TKÜ-Maßnahmen im Blick hatte.

Davon abgesehen kommt der Grundsatz des *Ersten Senats* aus der Lauschangriff-Entscheidung, wonach in den Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht etwa eingegriffen werden darf, um erst festzustellen, ob die Informationserhebung diesen Bereich betrifft,⁵² im Diktum des *Zweiten Senats* überhaupt nicht vor. Auf diese Weise „erspart“ er den Ermittlungsbehörden jegliche Vorermittlung zur mutmaßlichen Nutzung eines zu überwachenden Anschlusses.

In Ermangelung einer gesetzlichen Maßgabe haben die Anordnungsbeschlüsse der Ermittlungsrichter – je nach Wahrscheinlichkeit einer Kernbereichsbetroffenheit – spezifische Vorkehrungen explizit zu bestimmen. Bei der Festlegung des Umfangs einer TKÜ-Maßnahme ist also beispielsweise nicht nur anzugeben, ob und in welchem

⁵² BVerfGE 109, 279, 323 = BVerfG HRRS 2004 Nr. 170.

Umfang die Gespräche aufzuzeichnen, welche von mehreren Anschlüssen zu überwachen sind und ob das durchgehend oder nur zu bestimmten Tageszeiten geschehen soll.⁵³

Nach hier vertretener Auffassung kann es bei bestimmten Anschlüssen aus Verhältnismäßigkeitsgründen angezeigt sein, eine Echtzeitüberwachung einschließlich der jederzeitigen Möglichkeit zum Überwachungsabbruch vorzusehen.⁵⁴ Diesem Ansatz scheint der *Zweite Senat* freilich nicht folgen zu wollen, wie sich aus seiner Annahme, dass ein Überwachungsvollzug „durch (paralleles) Mithören in Echtzeit in der Regel nur punktuell stattfinden“ könne,⁵⁵ ergibt. Freilich zeigt sich gerade und auch an dieser Stelle, dass er Gefahr läuft, den menschenwürdedefinierten Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung unter den Vorbehalt personaler und damit letztlich fiskalischer Opportunität zu stellen.

⁵³ Meyer-Goßner (Fn. 20), § 100b Rn. 4; noch knapper KK-StPO/Nack (Fn. 20), § 100b Rn. 9; vgl. auch BGH NJW 2010, 1297 – Übermaßverbot bei E-Mail-Beschlagnahme.

⁵⁴ Roggan StV 2011, 762, 764 ff.

⁵⁵ BVerfG HRRS 2012 Nr. 29, Abs. 214 = BVerfGE 129, 208, 248 = BVerfG NJW 2012, 833, 837 = BVerfG, 2 BvR 236/08 v. 12.10.2011, Abs. 218.

Aufsätze und Anmerkungen

Zur Verfassungswidrigkeit der Auslegung des Sittenwidrigkeitsbegriffs i.S.d. § 228 StGB

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12 = HRRS 2013 Nr. 342

Von Dr. Philip von der Meden LL.B., Hamburg

I. Einleitung

Das neueste Urteil des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs zur Sittenwidrigkeit konsentierter Körperverletzungen, die im Rahmen von einverständlichen Gruppenschlägereien begangen werden, schränkt auf grundlegende Weise die Dispositionsbefugnis des Einzelnen über das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit ein. Wie alle Entscheidungen zu § 228 StGB bewegt sich auch dieses Urteil im Spannungsfeld zwischen der grundgesetzlich verbürgten Selbstbestimmung des Einwilligenden und (moralischen) Vorstellungen der Allgemeinheit, die über den Begriff der Sittenwidrigkeit Eingang in die rechtliche Bewertung finden. In seinem neusten Urteil

entfernt sich der BGH einen entscheidenden Schritt vom Prinzip der Selbstbestimmung und entwickelt einen Maßstab zur Bestimmung der Grenzen zulässiger Einwilligungen, der einer überwiegend paternalistischen Betrachtung rechtlich zulässiger Dispositionen über den eigenen Körper das Wort redet. Der 1. Strafsenat kehrt mit seinem Urteil zu einer objektiv-moralischen Auslegung des § 228 StGB zurück, die von den anderen Strafsenaten bereits aufgegeben ist.

II. Sachverhalt

In seiner Entscheidung hatte sich der 1. Strafsenat mit der Frage auseinanderzusetzen, ob Körperverletzungen,

die im Rahmen von Massenschlägereien begangen werden, zu denen sich Hooligans verschiedener Fußballmannschaften oftmals nach dem Fußballspiel verabreden, strafbar sind. Nach den Feststellungen des Landgerichts traten sich nach vorangegangenen Körperverletzungen, die nicht konsentiert waren, zwei Gruppen gegenüber. Allen Beteiligten „war bewusst, dass es aufgrund der sich durch wechselseitige Beleidigungen weiter aufheizenden Stimmung zu körperlichen Auseinandersetzungen kommen würde. Aufgrund einer faktischen Übereinkunft stimmten die Beteiligten zu, diese mit Faustschlägen und Fußtritten auszutragen. Den Eintritt auch erheblicher Verletzungen billigten sie.“¹ In der dann folgenden Auseinandersetzung kam es wie erwartet zu erheblichen Gewalteinwirkungen. Ein Geschädigter erlitt u.a. eine Schädelprellung, die einen stationären Krankenhausaufenthalt erforderlich machte. Ein anderer verlor u.a. drei Zähne. Ein weiterer Geschädigter wurde, am Boden liegend, u.a. wiederholt gegen Kopf und Körper getreten.

III. Die Sittenwidrigkeit der Körperverletzung trotz Einwilligung

In Fortführung der Rechtsprechung zur Reichweite der erteilten Einwilligung geht der BGH auch in dieser Entscheidung davon aus, dass die Geschädigten in die Körperverletzungen eingewilligt haben. Die Einwilligung kann nach allgemeiner Auffassung in jeder Form erteilt werden.² Es kommt allein auf die natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit und nicht auf die Geschäftsfähigkeit an.³ Die gefestigte Rechtsprechung fordert in Übereinstimmung mit der Literatur insoweit, dass der Einwilligende den Angriff auf seine körperliche Integrität in seinem Verlauf und seinen Auswirkungen erkennt.⁴ Die vorzunehmende Prüfung ist danach mit Hilfe der Kriterien zu lösen, die in der Vorsatzlehre für Konstellationen der Abweichung vom Kausalverlauf entwickelt worden sind.⁵ Von der Einwilligung gedeckt sind nur solche Körperverletzungen, die nicht als Folge eines atypischen Kausalverlaufs erscheinen.

Im Zentrum der Entscheidung steht die Frage nach der Sittenwidrigkeit der Tat im Sinne des § 228 StGB. Die Sittenwidrigkeit der Körperverletzung – nicht die Sittenwidrigkeit der Einwilligung – macht die Einwilligung unwirksam. Die Bestimmung der Sittenwidrigkeit der Körperverletzung ist von besonderer Brisanz, weil der Begriff der Sittenwidrigkeit nach der Rechtsprechung die Einbeziehung sozialemischer Wertvorstellungen in die

Bewertung strafbarer Körperverletzungen möglich und erforderlich werden lässt; nach einer gebräuchlichen Formel ist die Tat sittenwidrig, wenn sie auch bei grundsätzlicher Anerkennung des Verfügungsrechts über die eigene Körperintegrität nach Ziel, Beweggründen, Mittel und Art der Verletzung gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt und ihr deshalb die rechtliche Billigung nach der für das Zusammenleben grundlegenden Ordnung zu versagen ist.⁶

Die der Formel zugrundeliegende Unbestimmtheit des Begriffs der Sittenwidrigkeit hat dazu geführt, dass eine beachtliche Anzahl von Stimmen im Schrifttum die Vorschrift für unvereinbar mit Art. 103 II GG und damit für verfassungswidrig erachtet.⁷ Die höchstrichterliche Rechtsprechung teilt diese Bedenken im Ergebnis nicht.⁸ Sie hat sich allerdings in jüngerer Zeit bemüht, den Begriff der Sittenwidrigkeit auf einen Kerngehalt zu reduzieren, um den Generalverweis auf moralische Vorstellungen in einem freiheitlichen Rechtssystem zumindest in verfassungskonformer Auslegung zu begrenzen. Nur unter diesen Voraussetzungen sei dem Gebot der Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens genüge getan.⁹ Sie hat damit im Grundsatz anerkannt, dass der strafbewehrten Durchsetzung moralischer Interessen in einer pluralistischen Gesellschaft mit großer Vorsicht zu begegnen ist. In seinen Entscheidungen zur Einwilligung in die Verabreichung von Heroin und in sadomasochistische Sexualpraktiken betont der Bundesgerichtshof deshalb, dass ein Verstoß gegen die Wertvorstellungen einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder des mit der Tat befassten Strafgerichts nicht ausreicht, um eine Tat als sittenwidrig zu qualifizieren.¹⁰

Angesprochen ist damit die Frage, welche Zwecke zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit der Tat herangezogen werden dürfen. In der Literatur stehen zahlreiche Stimmen Zweckerwägungen grundsätzlich skeptisch gegenüber.¹¹ Nachdem das Reichsgericht und die frühere Rechtsprechung des BGH insbesondere bei „unlauteren“ Zwecken die Beweggründe der Tat bei der Bestimmung der Sittenwidrigkeit mit berücksichtigt hatten,¹² hat die

¹ BGH, Urteil v. 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 3 = HRRS 2013, Nr. 342. Ich danke *Jan Sturm* für seine hilfreichen Hinweise.

² Vgl. nur *Fischer*, Strafrecht, 60. Aufl. (2013), § 228 Rn. 5.

³ *Fischer*, a.a.O. (Fn. 2), § 228 Rn. 5; BGHSt 4, 88; BGHSt 4, 118.

⁴ BGH, Urteil v. 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 6 = HRRS 2013, Nr. 342; BGH, Beschluss v. 20.11.2012 – 1 StR 530/12 = HRRS 2013, Nr. 75; BGH NSStZ 2000, 87, 88; *Fischer*, a.a.O. (Fn. 2), § 228 Rn. 5;

⁵ Vgl. *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Strafrecht, 4. Aufl. (2013), § 228 Rn. 19 f., der bei der Bestimmung des Erklärungsgehalts auf die Vorsatzlehre zurückgreift.

⁶ BGHSt 4, 91; BayObLG JR 1978, 296 f.; BayObLG NJW 1999, 372 f.; OLG Hamm, JMBINW 1964, 128 f.

⁷ *Geerds*, GA 1954, 262, 266; *Roxin*, JuS 1964, 283; *Berz*, GA 1969, 145 ff.; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafrecht, 28. Aufl. (2010), § 228 Rn. 1 ff. m.w.N.

⁸ BGH, Urteil vom 11.12.2003 – 3 StR 120/03, Rn. 16; BGH, Urteil vom 26.5.2004 – 2 StR 505/03 = HRRS 2004, Nr. 624.

⁹ BGH, Urteil vom 11.12.2003 – 3 StR 120/03, Rn. 16; BGH, Urteil vom 26.5.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 16 = HRRS 2004, Nr. 624.

¹⁰ BGH, Urteil vom 11.12.2003 – 3 StR 120/03, Rn. 16; BGH, Urteil vom 26.5.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 16 = HRRS 2004, Nr. 624.

¹¹ *Fischer*, a.a.O. (Fn. 2), § 228 Rn. 9 ff.; *Hirsch*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe der Wissenschaft, Bd. IV (2000), S. 199, 218; *Horn/Wolters*, in: *Systematischer Kommentar StGB IV*, 9. Aufl. (2005), § 228 Rn. 9 mit der Einschränkung, das zum Zweck der „Vorbereitung, Verdeckung oder Vortäuschung einer Straftat verfolgte Zwecke“ sittenwidrig seien.

¹² RGSt 74, 91, 94; BGHSt 4, 24, 31; OLG Düsseldorf NSStZ-RR 1997, 325, 327; LG Mönchengladbach NSStZ-RR 1997, 169, 170; BayObLGSt 1977, 105, 106 f.; BayObLG NJW

neuere Rechtsprechung des BGH bisher einen Mittelweg gewählt, indem sie im Grundsatz von dem unmittelbaren Angriff auf das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit ausgegangen ist, den damit verfolgten Zweck aber zu Gunsten des Täters berücksichtigen wollte, wenn er sich trotz der damit einhergehenden Gefährdung ausnahmsweise zumindest als einsehbar darstellte.¹³

Im nun entschiedenen Fall zur „dritten Halbzeit“ kehrt der 1. Strafsenat der Sache nach zu einem objektiven Zweckverständnis zurück. Bevor ich auf diese vom 1. Strafsenat nicht als solche anerkannte Rechtsprechungsänderung näher eingehe (IV.1.), thematisiere ich zunächst die Frage, welchen Gefährdungsgrad der konsentierter Angriff auf die körperliche Unversehrtheit nach bisherigem Verständnis haben musste, damit die Körperverletzung als sittenwidrig eingestuft werden konnte. Kontrastiert man diesen Gefährdungsgrad mit dem vom 1. Strafsenat angelegten Maßstab, zeigt sich ein Paradigmenwechsel, der sich erstens – auch nach den bisherigen Grundsätzen zur Auslegung des § 228 StGB – als systematisch nur schwer nachvollziehbare Interpretation darstellt und der zweitens – auch wenn man die Vorschrift des § 228 StGB nicht an sich für verfassungswidrig hält – jedenfalls im vorliegenden Fall Verfassungsrecht verletzt. Beide Problemfelder sind, wie sich zeigen wird, eng miteinander verbunden.

IV. Von der konkreten zur abstrakten Gefahr – und darüber hinaus

In der Literatur besteht im Ergebnis weitestgehend Einigkeit, dass geringfügige Verletzungen unabhängig von den damit verfolgten Zwecken der Beteiligten einwilligungsfähig sein müssen.¹⁴ Unklarheit herrscht bezüglich der Frage, wann nicht mehr von geringfügigen Verletzungen auszugehen ist. Hier werden verschiedene Lösungsansätze vorgeschlagen, wobei sich die meisten Autoren an der schweren Körperverletzung im Sinne des § 226 StGB beziehungsweise an einer mit der Körperverletzung einhergehenden konkreten Todesgefahr orientieren.¹⁵ Auch die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bewertete Körperverletzungen bislang grundsätzlich als sittenwidrig, wenn sie den Geschädigten in die konkrete Gefahr des Todes brachten.¹⁶ Den weitesten Maßstab legte in jüngerer Zeit das BayObLG in seiner Jugendgang-Entscheidung an, in der es die abstrakte Lebensgefahr der mit der Körperverletzung einhergehenden Behandlung für das Diktum der Sittenwidrigkeit ausreichen ließ.¹⁷ In Anlehnung an die Rechtsprechung¹⁸ und

Teile der Literatur¹⁹, die für eine das Leben gefährdende Behandlung im Sinne des § 224 I Nr. 5 StGB eine abstrakt generelle Eignung der konkreten Tat zur Gefährdung des Lebens ausreichen lassen, hielt das BayObLG Körperverletzungen, die durch das Sich-Zusammenschlagen-Lassen eines Jugendlichen durch drei Gegner im Rahmen einer „Mutprobe“ begangen wurden, für sittenwidrig, weil Schläge und Tritte gegen den Kopf geführt worden waren, die zu schwersten Gesundheitsschädigungen, „ja sogar [zum] Tod des Opfers“ hätten führen können.²⁰ Der strenge Maßstab für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit solcher Körperverletzungen ergebe sich, so das BayObLG, auch aus den mehrfachen Verschärfungen der Strafrahmen für Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit durch das 6. Strafrechtsreformgesetz. Der Gesetzgeber habe mit diesen Änderungen zum Ausdruck gebracht, dass Gesundheit und körperliche Integrität in verstärktem Maße als besonders schützenswerte Rechtsgüter anzusehen seien und brutale Verletzungen „verabscheut“ würden.²¹

Den mit dem Jugendgang-Urteil postulierten Maßstab der abstrakten Lebensgefahr greift der 1. Strafsenat nun in seiner neuen Entscheidung auf und geht sogar noch einen Schritt darüber hinaus. Denn eine Körperverletzung im Rahmen von tätlichen Auseinandersetzungen unter rivalisierenden Gruppen soll trotz Einwilligung jetzt immer gegen die guten Sitten verstoßen, wenn keine konkrete Todesgefahr besteht, sofern keine das Gefährlichkeitspotential begrenzenden Absprachen und effektive Sicherungen die Gefährlichkeit der Situation begrenzen.²² Anders als man auf den ersten Blick aus der negativen Formulierung zu schließen meinen könnte, ergibt sich aus dem Urteil aber nicht einmal mehr das Erfordernis einer abstrakten Lebensgefahr. Das Landgericht hatte den revidierenden Angeklagten nicht wegen gefährlicher Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (§ 224 I Nr. 5 StGB) verurteilt, sondern wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223, 224 I Nr. 4 StGB. Daraus folgt, dass der 1. Strafsenat, anders als noch das BayObLG, die Sittenwidrigkeit einer Körperverletzung von vornherein nicht einmal mehr an die abstrakte Möglichkeit der Lebensgefahr binden will, sondern nunmehr jede Körperverletzung prinzipiell dem Diktum der Sittenwidrigkeit unterworfen sein kann, wenn nur die Rahmenbedingungen nicht solche sind, unter denen eine Eskalation der körperlichen Auseinandersetzungen durch Sicherungsmaßnahmen ausgeschlossen ist. Dabei geht der 1. Strafsenat, im Ansatz zu Recht, davon aus, dass ausnahmsweise auch bei konkreter Todesgefahr die Sittenwidrigkeit zu verneinen sein kann, z.B. bei lebensgefährlichen aber notwendigen Operationen.²³ In diesen Fällen ist die Gefahrschaffung

1999, 372, 373. Vgl. den Überblick über die Rechtsprechungsentwicklung bei *Hardtung* Jura 2005, 401 ff.

¹³ BGH, Urteil vom 26.05.2004 – 2 StR 505/03 Rn. 19 = HRRS 2004, Nr. 624; vgl. auch BGH NStZ 2009, 148, 150.

¹⁴ Siehe nur *Fischer*, a.a.O. (Fn. 2), § 228 Rn. 9.

¹⁵ *Fischer*, a.a.O. (Fn. 2), § 228 Rn. 10a; *Stree/Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Fn. 7), § 228 Rn. 5.

¹⁶ So ausdrücklich BGH NJW 2009, 1155; BGH, Urteil vom 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 25 = HRRS 2004, Nr. 624; BGH, Beschluss vom 20.7.2010 – 5 StR 255/10 = HRRS 2010, Nr. 823.

¹⁷ Vgl. BayObLG NJW 1999, 372. Das Urteil basiert auf keinen Feststellungen, aus denen sich eine tatsächlich eingetretene Lebensgefahr des Opfers herleiten ließe.

¹⁸ BGHSt 2, 163; BGH NStZ 2004, 618 = HRRS 2005, Nr. 912; BGH NStZ 2005, 156, 157 = HRRS 2010, Nr. 384; BGH NStZ 2010, 276 = HRRS 2011, Nr. 964.

¹⁹ *Horn/Wolters*, a.a.O. (Fn. 11), § 224 Rn. 30; *Fischer*, a.a.O. (Fn. 2), § 224 Rn. 12 m.w.N.; a.A. etwa *Stree* Jura 1980, 281, 291 ff.

²⁰ BayObLG NJW 1999, 372, 373.

²¹ BayObLG NJW 1999, 372, 373.

²² BGH, Urteil vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12 (Leitsätze) = HRRS 2013, Nr. 342.

²³ BGH, Urteil vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 9 = HRRS 2013, Nr. 342.

sozialadäquat. Umgekehrt begegnet die Argumentation, der Maßstab der konkreten Todesgefahr sei auch als Mindestanforderung für die Annahme der Sittenwidrigkeit als allein entscheidendes Kriterium abzulehnen,²⁴ durchgreifenden systematischen und verfassungsrechtlichen Bedenken.

Der 1. Strafsenat vertritt die Auffassung, dass neben der durch die Todesgefahr der Körperverletzung begründeten Unwirksamkeit der Einwilligung, die „Überschreitung der Grenze der Sittenwidrigkeit auch aus anderen, für die Bewertung der Rechtsgutgefährlichkeit relevanten tatsächlichen Umstände der Tatbegehung“ abgeleitet werden kann.²⁵ Bei konsentierten Körperverletzungen im Rahmen von Gruppenschlägereien soll demnach nun die Unkontrollierbarkeit der komplexen gruppenspezifischen Situation, die typischerweise mit diesen Schlägereien einhergeht, als gefahrerhöhendes Moment Berücksichtigung bei der Auslegung des § 228 StGB finden. Der Wortlaut des § 228 StGB spricht dabei nicht gegen die Einbeziehung der Körperverletzungshandlung in das Sittenwidrigkeitsurteil.²⁶ Die Frage, inwieweit der Begriff der Körperverletzung sich neben dem Körperverletzungserfolg auch auf die Körperverletzungshandlung bezieht, lässt sich, wie im Rahmen des § 227 StGB, auch bei § 228 StGB auf die Handlung selbst ausweiten, ohne die Wortsinnengrenze zu verletzen.²⁷ Die mit der Rechtsprechungsänderung des 1. Strafsenats einhergehende Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts aus paternalistischen Gründen²⁸ verkennt aber das Verhältnis von Einwilligungstatbestand und Wirksamkeit der Einwilligung; durch die dogmatische Vermengung von Kategorien, die auseinandergehalten werden müssen, führt der 1. Strafsenat wieder ein objektives Zweckverständnis, verbunden mit einer subjektiven Auslegung des Begriffs der Sittenwidrigkeit ein (1.). Die Entscheidung steht außerdem mit der Systematik der Körperverletzungsdelikte nicht in Einklang (2.).

1. Einwilligungstatbestand und Wirksamkeit der Einwilligung – ein „verstecktes“ objektives Zweckverständnis

Der 1. Strafsenat geht in seiner Entscheidung davon aus, dass es bei Körperverletzungen im Rahmen von Sportwettkämpfen nicht darauf ankomme, „ob der Ausschluss der Rechtfertigung darauf beruht, dass das grob regelwidrige Verhalten von vornherein nicht Gegenstand der

erteilten Einwilligung ist oder die Tat trotz der Einwilligung [...] gegen die guten Sitten verstößt.“²⁹ Er überträgt diesen Grundsatz sodann auf den Fall von einverständlichen Gruppenschlägereien. In beiden Fällen beachtet das Gericht dabei nicht den grundlegenden Unterschied zwischen dem Tatbestand der Einwilligung und dessen rechtlicher Bewertung. Unabhängig davon, ob man die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund oder bereits als tatbestandausschließend versteht,³⁰ schließt das Vorliegen einer Einwilligung nach allgemeiner Auffassung grundsätzlich eine Verurteilung aus. Ausnahmsweise wird der Einwilligung die rechtliche Anerkennung aus Gründen des Allgemeininteresses versagt. Während es sich aber bei der Bestimmung der erteilten Einwilligung in erster Linie um ein Problem im Tatsächlichen handelt, geht es bei der Bestimmung der Wirksamkeitsvoraussetzungen ausschließlich um die rechtliche Frage, unter welchen Voraussetzungen der Einwilligung – trotz ihres Vorliegens – die Wirksamkeit abgesprochen wird. Das Vorliegen und der Umfang der Einwilligung sind damit nicht nur (hinsichtlich der Zustimmung zur Körperverletzung) eine dem Beweis zugängliche Frage, die anders zu ermitteln als ein Rechtsproblem zu lösen ist, sondern sie ist auch logisch vorrangig. Erst wenn Inhalt und Grenzen des Einwilligungstatbestandes geklärt sind, kann die Frage beantwortet werden, ob die Einwilligung als sittenwidrig zu qualifizieren ist. Es ist also, entgegen der Ansicht des 1. Strafsenats, keineswegs ein unerheblicher Umstand, ob es schon an einer Einwilligung fehlt oder ob diese unbeachtlich ist.

Die Verwischung dieses Unterschieds führt den 1. Strafsenat zu seinem Differenzierungskriterium des Fehlens von „das Gefährlichkeitspotential begrenzenden Absprachen und effektiven Sicherungen“. Weil Körperverletzungen, die bei sportlichen Wettkämpfen begangen werden, konsentiert sind, solange sie im Rahmen des Regelwerks verübt werden, können sie nicht sittenwidrig sein. Dies liegt aber nicht am Regelwerk oder sonstigen Sicherungen, wie z.B. Schiedsrichtern, sondern an der durch die Teilnahme am Wettkampf zumindest konkludent erklärten Einwilligung. Konsentiert Körperverletzungen im Rahmen von Sportveranstaltungen sind nicht sittenwidrig, solange der sportliche Wettkampf sozialadäquat ist. Umgekehrt lässt sich aus dem Fehlen eines Regelwerks und sonstiger Schutzvorkehrungen aber nicht die Sittenwidrigkeit der Körperverletzungen ableiten. Indem der 1. Strafsenat diesen impliziten Umkehrschluss vollzieht, führt er durch die Hintertür wieder das von den anderen Strafsenaten bereits aufgegebenen objektive Zweckverständnis ein, welches auch zu Lasten des Täters sozial missbilligte Zwecke (d.h. Zwecke, die von weiten Teilen der Bevölkerung scheinbar missbilligt werden) dem Urteil der Sittenwidrigkeit unterwirft und damit den unmittelbaren Rechtsgutsbezug für irrelevant erklärt. Denn die geforderten Sicherheitsvorkehrungen liegen nur in Situationen vor, in denen sportliche Zwecke verfolgt werden. Indem der 1. Strafsenat das Differenzierungskri-

²⁴ BGH, Urteil vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 10 = HRRS 2013, Nr. 342.

²⁵ BGH, Urteil vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 10 = HRRS 2013, Nr. 342.

²⁶ Die h.M. bezieht die Einwilligung auf die Körperverletzungshandlung, vgl. etwa Horn/Walters, a.a.O. (Fn. 11), § 228 Rn. 6; Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), Vorbemerkung §§ 32 ff. Rn. 102; BayObLGSt 1977, 694, 695; OLG Frankfurt MDR 1970, 105, 106; eine a.A. hält den Erfolg für entscheidend, vgl. etwa Geppert ZStW 83 (1971), 947, 974; Schild Jura 1982, 520, 522.

²⁷ Vgl. zum Streitstand bei § 227 StGB Fischer, a.a.O. (Fn. 2), § 228 Rn. 3 ff.

²⁸ Ich thematisiere hier nicht die Frage, ob die Entscheidung auch deshalb verfassungswidrig ist, weil sie die Grundrechte aus Art. 2 I und II 2 GG unverhältnismäßig einschränkt.

²⁹ BGH, Urteil vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 13 = HRRS 2013, Nr. 342.

³⁰ Vgl. zur Frage, ob es sich bei der Preisgabe des Rechtsguts durch den Berechtigten um ein tatbestandausschließendes Einverständnis oder um eine rechtfertigende Einwilligung handelt Paeffgen, a.a.O. (Fn. 5), § 228 Rn. 5 und 8 m.w.N.

terium von der Lebensgefährlichkeit auf das Fehlen „sicherer Umstände“ der Tat umstellt, muss er zugleich behaupten, dass sämtliche Zwecksetzungen von Teilnehmern an Gruppenschlägereien, die nicht im Rahmen einer (traditionell) anerkannten sportlichen Auseinandersetzung liegen, strafrechtlich sanktioniert sein sollen. Der in gewissen Subkulturen offenbar regelmäßig verfolgte Zweck, sich aus Lust an der Gewalt mit Gleichgesinnten körperlich auseinanderzusetzen, wird damit nicht nur als illegitim, sondern zugleich als strafbarkeitsauslösend behandelt.

Damit weicht der 1. Strafsenat von der jüngeren Rechtsprechung der anderen Strafsenate ab, die, in Übereinstimmung mit weiten Teilen der Literatur,³¹ in ihren Entscheidungen zu einverständlich vorgenommenen lebensgefährlichen sadomasochistischen Sexualpraktiken³² und zur Verabreichung von Betäubungsmitteln³³ ausdrücklich einem zu Lasten des Täters wirkenden objektiven Zweckverständnis eine Absage erteilt hatten.³⁴ Insoweit wäre eine Anfrage bei den anderen Senaten nach §§ 132 I, III 1 GVG und gegebenenfalls eine Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen nach § 132 II GVG erforderlich gewesen. In seinem Urteil geht der 1. Strafsenat hingegen nur auf eine mögliche Abweichung von der Rechtsprechung des 5. Strafsenats³⁵ ein und verneint eine Vorlagepflicht, da es sich bei der dortigen Aussage, ausschließlich eine konkrete Todesgefahr könne zur Sittenwidrigkeit der Tat führen, nicht um eine tragende Erwägungen gehandelt habe.³⁶ Auf die tragenden Erwägungen der jüngeren Urteile des 2. und 3. Strafsenats geht er hingegen nicht ein. Die Ausführungen beschränken sich auf die Feststellung, dass nach der Rechtsprechung dieser Senate jedenfalls bei konkreter Todesgefahr durch die Körperverletzung die Grenze der Sittenwidrigkeit überschritten sei.³⁷ Weil der 1. Strafsenat hingegen nicht deutlich macht, dass er auf subjektive Weise den legitimen Zweck bestimmt, der dem Sittenwidrigkeitsurteil zu Grunde liegt, ignoriert er die entgegenstehenden tragenden Erwägungen der anderen Senate. Schon aus diesem Grunde ist die Entscheidung rechtsfehlerhaft. Sie entzieht dem Angeklagten seinen gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG).³⁸

³¹ Siehe die Nachweise in Fn. 11.

³² BGH, Urteil vom 26.5.2004 – 2 StR 505/03 = HRRS 2004, Nr. 624.

³³ BGH, Urteil vom 26. 5. 2004 – 2 StR 505/03, Rn. 6 = HRRS 2004, Nr. 624.

³⁴ Vgl. auch das Urteil des 4. Strafsenats BGH NStZ 2009, 148, 150 (konkrete „Todesgefahr“ als Maßstab).

³⁵ BGH, Urteil vom 18.09.2008 – 5 StR 224/08, Rn. 24 = HRRS 2008, Nr. 962.

³⁶ BGH, Urteil vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 10 = HRRS 2013, Nr. 342.

³⁷ BGH, Urteil vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 8 = HRRS 2013, Nr. 342.

³⁸ Eine auf die Verletzung von Art. 101 I 2 GG gestützte Verfassungsbeschwerde hätte allerdings nur im Falle der Willkür Erfolg, vgl. Hanich, in: Karlsruher Kommentar StPO, 6. Aufl. 2008, § 132 GVG Rn. 10.

2. Einwilligung und § 231 StGB – Verstoß gegen Art. 103 II GG durch Verschleifung von zwei Tatbeständen

Die Entscheidung des 1. Strafsenats umgeht außerdem den expliziten Willen des Gesetzgebers, wie er durch die Vorschrift des § 231 StGB zum Ausdruck kommt. In Anlehnung an die im vorliegenden Fall von der Bundesanwaltschaft vertretene Auffassung begründet der 1. Strafsenat die Sittenwidrigkeit der Taten auch mit der in § 231 StGB zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertung.³⁹ Bei wechselseitigen Körperverletzungshandlungen im Rahmen unkontrollierbarer gruppenspezifischer Prozesse zeige § 231 StGB, der als abstraktes Gefährdungsdelikt bereits im Vorfeld von Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens eingreife, dass die Eskalationsgefahr bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit im Rahmen des § 228 StGB Berücksichtigung finden müsse. Das Gericht behauptet damit, dass der Gesetzgeber Gruppenschlägereien auch dann für strafwürdig erachtet, wenn alle Beteiligten eingewilligt haben.

Diese Auslegung führt zu einer „Verschleifung“⁴⁰ der Tatbestände der §§ 223, 224 I Nr. 4 und des § 231 StGB, die das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG) verletzt. Denn § 231 StGB hätte nach der Auslegung des 1. Strafsenats keinen eigenen strafbegründenden Anwendungsbereich mehr.⁴¹ Er würde zwar nach teilweise vertretener Auffassung im Wege der Idealkonkurrenz im Schuldpruch zum Tragen kommen, wenn die Schlägerei zum Eintritt einer schweren Folge führt.⁴² Ein eigenständiger Anwendungsbereich wäre der Vorschrift aber genommen. Der Eintritt der schweren Folge, wie ihn das Gesetz als objektive Bedingung der Strafbarkeit fordert, würde dadurch seinen strafbarkeitsbegrenzenden Charakter verlieren. Angesichts des Spannungsverhältnisses zwischen objektiven Strafbarkeitsbedingungen und Schuldprinzip, welches sich nach einer in der Literatur häufig vertretenen Auffassung nicht einmal verfassungskonform auflösen lässt,⁴³ muss – soll § 231 StGB über-

³⁹ BGH, Urteil vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 16 = HRRS 2013, Nr. 342.

⁴⁰ Vgl. zum Ausdruck des Verschleifens BVerfG NJW 2010, 3209, 3211 = HRRS 2010, Nr. 656.

⁴¹ Schon der Strafraum des § 223 StGB liegt über dem Strafraum des § 231 StGB, sodass der Strafraum des § 231 StGB nur in den Fällen zum Tragen kommen könnte, in denen eine Beteiligung an einer Schlägerei vorliegt, die keine Körperverletzung ist. Dies ist zwar denkbar, setzt aber voraus, dass zumindest eine psychische Unterstützung der Gewalthandlungen bejaht werden kann. In diesen Fällen dürfte immer auch eine Beihilfe zur Körperverletzung gegeben sein, sodass auch bei einer Milderung nach § 49 I StGB dem Strafmaß des § 231 StGB keine Bedeutung zukommt, zumal in aller Regel eine gemeinschaftliche Körperverletzung nach §§ 223, 224 I Nr. 4 StGB vorliegen dürfte.

⁴² BGHSt 33, 104; Fischer, a.a.O. (Fn. 2), § 231 Rn. 11.

⁴³ Vgl. etwa Möntenbruck JR 1986, 138; Rönnau/Bröckers GA 1995, 553; Pichler, Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 StGB): Ein mit der Dogmatik des Allgemeinen Teils vereinbarter Straftatbestand? 2005; Saal, Die Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 StGB): ein Plädoyer für die Streichung der schweren Folge (2010).

haupt noch verfassungskonform ausgelegt werden können – die schwere Folge die strafrechtliche Haftung einschränken können. Dies ist nicht der Fall, wenn ihr in keinem denkbaren Fall eine eigenständige strafbarkeitsbegründende Funktion zukommt. Denn dann würde die vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber getroffene Entscheidung konterkariert, wonach nicht jede Teilnahme an einer Schlägerei strafbar sein soll. Man mag diese Strafbarkeitslücke aus rechtspolitischen Gründen für falsch halten. Aber der fragmentarische Charakter des Strafrechts ist Ausdruck des verfassungsrechtlich verbürgten Bestimmtheitsgebots, und der Gesetzgeber hat bisher keine Veranlassung gesehen, die objektive Bedingung der Strafbarkeit zu streichen.

Das BVerfG hat in seinen jüngsten Entscheidungen zur Vereinbarkeit von § 266 StGB mit Art. 103 II GG wiederholt darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung Begriffe, die aufgrund ihrer Weite in Konflikt mit dem Bestimmtheitsgebot geraten können, verfassungskonform so auszulegen hat, dass jedem Tatbestandsmerkmal eine eigenständige strafbarkeitsbegrenzende Funktion erhalten bleibt.⁴⁴ Diese Rechtsprechung muss auch auf das Verhältnis von zwei unterschiedlichen Tatbeständen übertragen werden, insbesondere wenn sie dasselbe Rechtsgut schützen. Denn das Bestimmtheitsgebot kann nicht nur dadurch verletzt werden, dass innerhalb eines Tatbestandes ein Tatbestandsmerkmal so ausgelegt wird, dass es in einem anderen aufgeht, sondern auch dadurch, dass eine bestimmte Auslegung einem anderen Tatbestand keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr belässt. Die verfassungsrechtlichen Konsequenzen sind identisch. In beiden Fällen erweitert die Rechtsprechung – und nicht die Legislative – den Bereich strafbaren Verhaltens, indem sie eine vom Gesetzgeber aufgestellte Einschränkung der Strafbarkeit ignoriert. Es ist aber Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, die Schranken des Erlaubten zu definieren.⁴⁵ Das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG enthält neben seiner freiheitsschützenden Funktion, die es dem Normunterworfenen ermöglichen soll, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen, auch einen strengen Gesetzesvorbehalt, der nur dem Gesetzgeber die Befugnis einräumt, Verhalten zu kriminalisieren.⁴⁶

Dagegen lässt sich auch nicht anführen, dass es sich bei der Einwilligung um einen Rechtfertigungsgrund handle, für den das Bestimmtheitsgebot nicht gelte. Unabhängig davon, dass es sich nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung bei der Preisgabe von Individualrechtsgütern durch den Berechtigten schon gar nicht um eine rechtfertigungsbedürftige Rechtsgutsverletzung, sondern

um ein tatbestandsausschließendes Einverständnis handelt,⁴⁷ muss jedenfalls für Fragen der Einwilligung der Gesetzgeber das erlaubte Risiko festlegen. Die teilweise vertretene Auffassung, das Bestimmtheitsgebot gelte nicht für Erlaubnissätze,⁴⁸ kann jedenfalls nur dort Geltung beanspruchen, wo sich der Rechtfertigungsgrund nicht aus dem Gesetz ergibt.⁴⁹ Soweit der Rechtfertigungsgrund selbst im Gesetz – wie hier in § 228 StGB – grundsätzliche Anerkennung gefunden hat und seine Grenzen – wie hier durch den Begriff der Sittenwidrigkeit – ebenfalls durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber festgelegt worden sind, darf die Rechtsprechung nicht die legislative Bestimmung der Strafbarkeitsvoraussetzungen ignorieren, wie sie hier in § 231 StGB Ausdruck gefunden hat. Soweit der Gesetzgeber die Grenzen des erlaubten Risikos mittels eines Rechtfertigungsgrundes löst, kommt dieser dogmatisch zufälligen Gestaltung keine geringere Bedeutung zu als einer expliziten Tatbestandslösung. In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre⁵⁰ ist deshalb davon auszugehen, dass der teilweise angenommene Rechtfertigungscharakter des § 228 StGB dem Schutz durch das Bestimmtheitsgebot nicht entgegensteht.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Das Urteil des 1. Strafsenats zur „dritten Halbzeit“ weicht von der jüngeren Rechtsprechung insbesondere des 2. und 3. Strafsenats zur Auslegung des Begriffs der Sittenwidrigkeit ab. Es verletzt das Bestimmtheitsgebot, weil es dem Tatbestand des § 231 StGB keinen eigenständigen strafbegründenden Anwendungsbereich belässt. Auch im Übrigen überzeugt die rechtliche Lösung des 1. Strafsenats nicht. Es bleibt zu hoffen, dass die anderen Strafsenate an ihrer bisherigen Rechtsprechung festhalten werden und den Rückfall des 1. Strafsenats in ein paternalistisches Sittenwidrigkeitsverständnis korrigieren werden.

Das Strafrecht ist nicht das geeignete Instrumentarium, um einverständlichen Gewaltexzessen Einhalt zu gebieten. Natürlich lässt sich die offenkundige Abneigung der erkennenden Richter gegen einen Freizeitsport des „Sich-Zusammenschlagens“ gut nachvollziehen. Aber das Strafrecht schützt allein Rechtsgüter. Soweit es um die Verhinderung öffentlicher Gewalttaten geht, ist das Polizei- und Ordnungsrecht das richtige Instrumentarium.⁵¹

⁴⁷ Siehe Fn. 30.

⁴⁸ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. (2006), § 5 Rn. 42; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, 5. Aufl. (2012), Rn. 94 und 104 m.w.N.

⁴⁹ BVerfG NJW 1997, 929, 930.

⁵⁰ Erb ZStW 108 (1996), 266, 296 f.; Paeffgen, a.a.O. (Fn. 5), Vorbemerkung §§ 32 ff., Rn. 59 m.w.N.

⁵¹ Vgl. Wagner DÖV 2011, 234 ff.

⁴⁴ BVerfG NJW 2010, 3209, 3211 = HRRS 2010, Nr. 656.

⁴⁵ BVerfG NJW 1987, 3175; BVerfG NJW 2009, 2267; BVerfG NJW 2010, 3209, 3211 = HRRS 2010, Nr. 656.

⁴⁶ BVerfG NJW 2009, 2267.

Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG)

Von Dr. Till Zimmermann, Passau

I. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Das Recht der Sicherungsverwahrung befindet sich an einem Neuanfang. Nachdem der Gesetzgeber die Anwendbarkeit dieses „drakonischen“¹ Sanktionsinstruments ab 1998 „ohne erkennbare Systematik“² beständig ausgeweitet und dadurch ein kaum noch überschaubares Labyrinth aus Zurechtstutzungsentscheidungen durch BVerfG, EGMR und BGH provoziert hatte, hat ihn das BVerfG in seiner Entscheidung vom 4. Mai 2011 ultimativ zur Neuordnung der Materie bis spätestens zum 1. Juni 2013 aufgefordert.³ Bundes- und Landesgesetzgeber sind dieser Aufforderung nachgekommen und haben das Institut der Sicherungsverwahrung teilweise reformiert. Dieser Beitrag bietet zunächst eine kursorische Übersicht zur Geschichte der Sicherungsverwahrung in Deutschland, ohne welche die Debatten der jüngsten Vergangenheit unverständlich wären (II.). Anschließend wird die zum Stichtag geltende neue Rechtslage vorgestellt und daraufhin analysiert, ob diese den Anforderungen von GG und EMRK genügt (III). Die maßgeblichen Entscheidungen von BVerfG und EGMR werden hierbei als hinzunehmende Tatsachen behandelt; Lamentos über deren „miserable Qualität“⁴ oder die Verfehltheit der ihnen zugrunde liegenden Rechtsauffassungen bleiben daher ungeachtet ihrer etwaigen Begründetheit weitgehend unberücksichtigt. Aus Platzgründen außen vor bleibt zudem die Neuregelung der Sicherungsverwahrung im JGG.⁵

¹ Landau/Greven ZRP 2002, 324 („Die Sicherungsverwahrung ist die drakonischste aller Rechtsfolgen, die unser Strafrecht kennt.“). Übereinstimmend Singelnstein ZJS 2012, 128 („schärfste Sanktion“).

² Bartsch Forum Strafvollzug 2011, 267. Siehe auch Schöch GA 2012, 14 („eher von medialem Druck als von rationaler Abwägung geprägt.“).

³ BVerfGE 128, 326, 404 Tz. 167 = HRRS 2011 Nr. 488.

⁴ Hörnle NSTZ 2011, 488, 490; dies., in: Festschrift für Rissing-van Saan (2011), S. 239, 242 ff.; Renzikowski ZIS 2011, 531, 532 (jew. zum EGMR).

⁵ Dazu Ostendorf, in: Ostendorf, JGG, 9. Aufl. (2013), § 7 Rn. 18-31; § 107 Rn. 7; Leipold NJW-Spezial 2012, 760. Siehe auch Eisenberg StV 2011, 480 ff.

II. Historischer Abriss⁶

Die nach über hundertjähriger Debatte⁷ mit dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933 (GewVerbrG)⁸ eingeführte Sanktionskategorie der Maßregeln der Sicherung und Besserung (seit 1975: der Besserung und Sicherung) sah in §§ 42a ff. i.V.m. § 20a StGB i.d.F. d. GewVerbrG die Möglichkeit einer zeitlich prinzipiell unbegrenzten (§ 42f Abs. 3 S. 1 StGB), d.h. ggf. lebenslangen Sicherungsverwahrung für „gefährliche Gewohnheitsverbrecher“ vor.

Nach dem Krieg blieb die Sicherungsverwahrung zunächst unangetastet; betroffen waren von dieser Maßregel überwiegend gewaltlose Eigentums- und Vermögens-täter, nur zu einem geringen Teil hingegen Gewalt- und Sexualtäter.⁹ Auch das 1. StrRG¹⁰ (mit Wirkung zum 1. April 1970) rührte nicht an der zeitlichen Unbegrenztheit der Sicherungsverwahrung (§ 42f Abs. 1 S. 2 StGB i.d.F. d. 1. StrRG);¹¹ lediglich der Begriff „Gewohnheitsverbrecher“ wurde durch die Bezeichnung „Hangtäter“ ersetzt¹² und die Anordnungsvoraussetzungen restriktiver gefasst.

Mit dem Inkrafttreten des 2. StrRG¹³ zum 1. Januar 1975 trat insofern eine bedeutende Änderung ein, als bei

⁶ Umfassendere Darstellungen bei Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern, in: Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl. (2012), § 66 Rn. 16-27; Höffler/Kaspar ZStW 124 (2012), 87, 89 ff.; Schöch NK 2012, 47 ff.; ders., in: Festschrift für Roxin II (2011), S. 1193, 1196 ff.; Laubenthal ZStW 116 (2004), 703, 711 ff.

⁷ Ausf. dazu Steinberg StV 2013, 227 ff.; Henkel ZStW 57 (1938), 702, 709-770.

⁸ RGBl. I, S. 995. Dazu aus zeitgenössischer Perspektive Exner ZStW 53 (1934), 629 ff.

⁹ Schöch NK 2012, 47.

¹⁰ BGBl. I 1969, S. 645.

¹¹ Laubenthal ZStW 116 (2004), 703, 713. Siehe auch Fuchs (Hrsg.), StGB 1871-2013 – historisch-synoptische Edition, 14. Aufl. (2013), S. 184. Unzutreffend Höffler/Kaspar ZStW 124 (2012), 87, 89; Schöch NK 2012, 47, wonach die Einführung einer Sicherungsverwahrungshöchstfrist bereits im 1. StrRG enthalten gewesen sei.

¹² Dessecker ZIS 2011, 706, 712. Unrichtig Fischer, StGB, 60. Aufl. (2013), § 66 Rn. 3, wonach der Begriff bereits 1933 eingeführt worden sei.

¹³ BGBl. I 1969, S. 717.

erstmaliger Anordnung der Sicherungsverwahrung diese fortan durch eine Zehn-Jahres-Höchstfrist begrenzt war (§ 67d Abs. 1 S. 1 StGB i.d.F. d. 2. StrRG); eine buchstäblich lebenslange Sicherungsverwahrung war für Erstverwahrte nunmehr nicht mehr möglich. Diese partielle Entschärfung der Sicherungsverwahrung wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 (SexBG)¹⁴ allerdings wieder rückgängig gemacht; auch die erstmalige Unterbringung in der Sicherungsverwahrung war damit grundsätzlich wieder unbefristet möglich (§ 67d Abs. 3 S. 1 StGB i.d.F. d. SexBG). Gem. § 2 Abs. 6 StGB i.V.m. Art. 1a Abs. 3 EGStGB i.d.F. d. SexBG wurde überdies eine rückwirkende Entfristung der laufenden Erstsicherungsverwahrungen angeordnet; eine gegen die rückwirkende Gesetzeskraft gerichtete Verfassungsbeschwerde blieb insbesondere deshalb erfolglos, weil das BVerfG die Sicherungsverwahrung nicht als Strafe i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG betrachtete.¹⁵

Mit dem Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung vom 21. August 2002 (SichVEG)¹⁶ wurde die im Urteil lediglich *vorbehaltene* Sicherungsverwahrung eingeführt (§ 66a StGB i.d.F. d. SichVEG).

Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23. Juli 2004 (SichVNachtrEG)¹⁷ brachte zudem die Möglichkeit einer *nachträglich* angeordneten Sicherungsverwahrung für den Fall, dass neue Tatsachen (sog. nova) Hinweise auf die erhebliche Gefährlichkeit eines bereits Verurteilten erbringen (§ 66b StGB i.d.F. d. SichVNachtrEG);¹⁸ entsprechende Vorstöße auf Länderebene (z.B. das Bayerische Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern vom 24. Dezember 2001 – BayStrUBG¹⁹) waren zuvor aus kompetenzrechtlichen Gründen für verfassungswidrig erklärt worden.²⁰ Auch dieses (Bundes-)Gesetz wurde gem. § 2 Abs. 6 StGB i.V.m. Art. 1a EGStGB i.d.F. d. SichVNachtrEG mit rückwirkender Kraft ausgestattet, sodass bereits Verurteilte ab diesem Zeitpunkt mit einer nachträglichen Sicherungsverwahrungsanordnung rechnen mussten;²¹ auch in die-

sem Fall blieb die rückwirkende Gesetzeskraft verfassungsgerichtlich unbeanstandet.²²

Mit seinem Urteil vom 17. Dezember 2009 erklärte allerdings der EGMR²³ die rückwirkende Entfristung der Sicherungsverwahrung durch das SexBG insbesondere mit dem Argument für konventionswidrig, die Sicherungsverwahrung in ihrer konkreten Ausgestaltung sei aus Sicht der Betroffenen dermaßen „strafähnlich“, dass Art. 7 Abs. 1 EMRK zur Anwendung komme und mithin das Rückwirkungsverbot verletzt sei; zudem erfülle eine rückwirkende Verlängerung nicht die eine Freiheitsentziehung legitimierenden Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a oder c EMRK. Dasselbe habe, so der EGMR wenig später, auch für die rückwirkende nachträgliche Sicherungsverwahrung zu gelten.²⁴

Der Gesetzgeber reagierte hierauf mit Korrekturmaßnahmen: Mit dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (SichVNOG)²⁵ wurde u.a.²⁶ die nachträgliche Sicherungsverwahrung für zukünftige Fälle weitgehend abgeschafft (für vor dem Jahr 2011 begangene Anlasstaten galt altes Recht, insbes. § 66b Abs. 1, 2 StGB a.F., hingegen fort, Art. 316e Abs. 1 EGStGB i.d.F. d. SichVNOG). Für die infolge der Straßburger Urteile aus der Sicherungsverwahrung bereits oder noch zu entlassenen Verwahrten (sog. Parallelfälle) wurde eigens das Therapieunterbringungsgesetz (ThUG) geschaffen,²⁷ wonach wenigstens diejenigen von der Rückwirkung Betroffenen weiterhin aus Sicherheitsgründen ihrer Freiheit entzogen werden konnten, bei welchen eine „psychische Störung“ eine hohe Wahrscheinlichkeit schwerer Straftaten erwarten ließ (§ 1 ThUG). Mithilfe dieser Konstruktion beabsichtige der Gesetzgeber einerseits die Normierung eines Festnahmegrundes gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK („Freiheitsentziehung bei psychisch Kranken“), andererseits durch die therapeutische Ausgestaltung der Unterbringung die zur Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 1 EMRK führende Strafähnlichkeit zu beseitigen.

Noch während sich der BGH auf der Basis einer ad hoc geschaffenen Divergenz-Vorlagepflicht (§ 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG²⁸) um eine Vereinheitlichung der unklaren

¹⁴ BGBl. I, S. 160.

¹⁵ BVerfGE 109, 133, 167 Tz. 127 = HRRS 2004 Nr. 166.

¹⁶ BGBl. I, S. 3344.

¹⁷ BGBl. I, S. 1838.

¹⁸ Forderungen nach der Einführung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung waren seinerzeit freilich nichts Neues, vgl. *Henkel ZStW* 58 (1939), 167, 195. Auch das GewVerbrG kannte bereits eine rückwirkend-nachträgliche Sicherungsverwahrung für Altfälle, *Laubenthal ZStW* 116 (2004), 703, 711 f.

¹⁹ BayGVBl. S. 978.

²⁰ BVerfGE 109, 190, 211 Tz. 81 = HRRS 2004 Nr. 169. A.A. zuvor OLG Bamberg NStZ 2002, 502; *Würtenberger/Sydow NVwZ* 2001, 1201, 1203. Näher dazu *Rissing-van Saan/Peglau*, in: *Leipziger Kommentar, StGB*, 12. Aufl. (2008), § 66b Rn. 25 ff.

²¹ Zusätzlich abgesichert wurde die Rückwirkung der nachträglichen Sicherungsverwahrung mit dem Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13. April 2007 (BGBl. I, S. 513). Nunmehr konnte gem. § 66b Abs. 1 S. 2 StGB die nachträgliche Sicherungsverwahrung auch in den neuen Bundesländern angeordnet werden. Dazu *Höffler/Kaspar ZStW* 124 (2012), 87, 91.

²² BVerfGK 9, 108, 111 = HRRS 2006 Nr. 804; BVerfGK 14, 357, 364 = HRRS 2008 Nr. 1148. Näher *Rissing-van Saan/Peglau* (Fn. 20), § 66b Rn. 32 ff.

²³ EGMR NJW 2010, 2495 (M./Deutschland) = HRRS 2010 Nr. 65. Dazu etwa *Kleszczewski HRRS* 2010, 394 ff.

²⁴ EGMR NJW 2011, 3423 (Haidn/Deutschland) = HRRS 2011 Nr. 277. Zur Übertragbarkeit des zum BayStrUBG ergangenen Urteils auf § 66b StGB *Ullenbruch/Drenkhahn*, in: *Münchener Kommentar, StGB*, 2. Aufl. (2012), § 66b Rn. 37.

²⁵ BGBl. I, S. 2300.

²⁶ Nicht im direkten Zusammenhang mit der EGMR-Entscheidung stand die sog. Konsolidierung der anfänglichen Sicherungsverwahrung gem. § 66 StGB, mit welcher u.a. gewaltlose Vermögens- und Eigentumsdelikte aus dem Katalog der Anlasstaten gestrichen wurden. Die nach altem Recht infolge entsprechender Anlasstaten Verwahrten waren gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB bis zum Juli 2011 zu entlassen, näher dazu *Pollähne ZJS* 2011, 216 ff.

²⁷ BGBl. I 2010, S. 2300.

²⁸ BGBl. I 2010, S. 976.

Rechtslage²⁹ in den Parallelfällen bemühte,³⁰ erklärte das BVerfG am 4. Mai 2011 weite Teile des Sicherungsverwahrungsrechts (insbes. die §§ 66, 66a, 66b a. und n.F. sowie 67d Abs. 3 S. 1 StGB) für mit dem GG unvereinbar und lediglich unter sehr restriktiven Voraussetzungen und längstens bis Ende Mai 2013 weiterhin anwendbar.³¹ Kern der Vorgaben für ein verfassungskonformes Sicherungsverwahrungsrecht war dabei die Einhaltung des sog. Abstandsgebots. Hinsichtlich der rückwirkenden Entfristung sowie der nachträglich-rückwirkend angeordneten Sicherungsverwahrung konstatierte das Gericht zudem – anders noch als 2004 – einen besonders gesteigerten Vertrauensschutz der Betroffenen.³²

III. Die Ausgangsbedingungen für das neue Recht der Sicherungsverwahrung

1. Grundsätzliches

Die Maßregel der Sicherungsverwahrung ist als solche weder verfassungsgemäß³³ noch konventionswidrig.³⁴ Auch ergibt sich weder aus dem GG noch aus der EMRK eine zeitliche Höchstfrist;³⁵ insbesondere verstößt auch die ggf. lebenslange Erstsicherungsverwahrung nicht gegen die Menschenwürde.³⁶ Zudem sind die ganz groben formellen Anordnungsvoraussetzungen des gegenwärtigen Rechts, d.h. das Vorliegen zumindest einer Verurteilung wegen einer im Zustand der Schuldfähigkeit begangenen schweren Anlasstat (ohne gewaltlose Eigentums- oder Vermögensdelikte) zu einer zeitigen Freiheitsstrafe³⁷, insoweit nicht zu beanstanden.³⁸

²⁹ Exemplarisch OLG Frankfurt NStZ-RR 2010, 321 versus OLG Celle NStZ-RR 2010, 322. Zur damaligen Kontroverse Greger NStZ 2010, 676 ff; Gaede HRRS 2010, 329 ff.

³⁰ Dazu Drenkhahn/Morgenstern ZStW 124 (2012), 132, 175 ff. BVerfGE 128, 326.

³¹ Dazu ausf. Payandeh/Sauer Jura 2012, 289, 292 ff.

³² Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 6) § 66 Rn. 34. Vgl. auch BVerfGE 128, 326, 327 Ls. 3 b) („Die Sicherungsverwahrung ist [...] zu rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber bei ihrer Konzeption [...] dafür Sorge trägt, dass ...“); BVerfG NStZ-RR 1996, 122.

³³ Vgl. Hörnle NStZ 2011, 488, 492 („Der EGMR äußerte jenseits von Altfällen keine Einwände.“). Ebenso Kinzig NJW 2011, 177, 178 Fn. 10; Satzger StV 2013, 243.

³⁴ BVerfGE 109, 133, 189 Tz. 199. Vgl. auch EGMR NJW 2012, 1707, 1709 (Schmitz/Deutschland).

³⁵ BVerfGE 109, 133, 149 Tz. 70. A.A. G. Merkel/Roth HFR 2010, 250, 273 Rn. 58; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 66 Rn. 29; Streng JZ 2011, 827, 830.

³⁶ Der Gesetzeswortlaut (§ 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB) stellt zwar seit 2002 nicht mehr auf das Vorliegen einer zeitigen Freiheitsstrafe ab. Weil aber ein zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilter ohnehin nur dann auf Bewährung entlassen werden kann, sofern er keine Gefährdung (mehr) für die Allgemeinheit darstellt (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB), wäre die Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe mit anschließender Sicherungsverwahrung funktionslos, BVerfGE 117, 71, 93 Tz. 81 = HRRS 2007 Nr. 643; BGH HRRS 2013 Nr. 234, Tz. 5 f.; Birkhoff ZRP 2002, 324; Kett-Straub GA 2009, 586 ff.; Kreuzer ZRP 2011, 7, 9; Bartsch Forum Strafvollzug 2011, 267, 274; Schöch, in: Engländer/Fahl/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Strafverteidigung – Grundlagen und Stolpersteine. Symposium für Werner Beulke (2012), S. 117, 119.

³⁷ Vgl. Anders JZ 2012, 498, 500.

2. Das verfassungsrechtliche Abstandsgebot

Entscheidende Voraussetzung für das Gelingen einer verfassungskonformen Neuregelung des Sicherungsverwahrungsrechts ist die Einhaltung des vom BVerfG – in Abkehr zu seiner frühen Rspr.³⁹ – postulierten Abstandsgebots.⁴⁰ Was verbirgt sich hinter dieser aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG hergeleiteten „Zauberformel“⁴¹? Das BVerfG verwendet den Begriff erstmals – vage⁴² und eher beiläufig – in einer Entscheidung aus dem Jahr 2004. „Abstand“ zwischen normalem Strafvollzug und dem „privilegierten“ Vollzug der Sicherungsverwahrung bedeute z.B., Langzeitverwahrten „zusätzliche Vergünstigungen“ und „einen Rest an Lebensqualität“ zu gewährleisten.⁴³ Eine Verletzung dieses Gebots stellte das Gericht indes (noch) nicht fest.

Im wahrsten Wortsinne entscheidende Bedeutung gewinnt das Abstandsgebot dann im Urteil vom 4. Mai 2011: Nur wenn das gesamte System der Sicherungsverwahrung „in deutlichem Abstand zum Strafvollzug“ so ausgestaltet ist, dass, entsprechend dem Resozialisierungsgebot, „die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimmt“ und zudem erhebliche therapeutische Anstrengungen zur Gefährlichkeitsminderung des Verwahrten unternommen werden, sei der Verwahrsvollzug verfassungskonform.⁴⁴ Eine entsprechende Ausgestaltung sei jedoch gegenwärtig nicht feststellbar, mithin das gegenwärtige System verfassungswidrig⁴⁵ und insoweit dringender Änderungsbedarf gegeben. Zur Verdeutlichung des erforderlichen „freiheitsorientierten und therapiegerichteten Gesamtkonzepts“⁴⁶ postuliert das BVerfG sieben Gebote bzw. Prinzipien:⁴⁷

- *Ultima-ratio-Prinzip:* Danach darf die Sicherungsverwahrung nur als letztes Mittel angeordnet werden. Alle Möglichkeiten zur Reduzierung der Gefährlichkeit des Täters müssen

³⁹ BVerfGE 2, 118, 119 Tz. 4 („Die Art und Weise, wie die Sicherungsverwahrung durchzuführen ist, ist verfassungsmäßig nicht gewährleistet.“). Für ein Unterscheidungsgebot aber bereits Henkel ZStW 58 (1939), 167, 168.

⁴⁰ Vgl. Hörnle NStZ 2011, 488, 490 („Kernfrage für das gesamte Recht der Sicherungsverwahrung“).

⁴¹ So Höffler/Kaspar ZStW 124 (2012), 87, 88.

⁴² Vgl. Bartsch Forum Strafvollzug 2011, 267, 270 („derart allgemein gehalten, dass man hieraus alles und nichts ableiten konnte“).

⁴³ BVerfGE 109, 133, 167 Tz. 126. Dazu Laubenthal ZStW 116 (2004), 703, 731 ff.

⁴⁴ BVerfGE 128, 326, 375 Tz. 101.

⁴⁵ Krit. zum „Durchschlagen“ der grundgesetzwidrigen Ausgestaltung des Vollzugs auf die im StGB geregelten Anordnungsvoraussetzungen Peglau NJW 2011, 1924, 1925.

⁴⁶ BVerfGE 128, 326, 381 Tz. 115.

⁴⁷ Nachfolgende Darstellung nach OLG Hamm III-1 Vollz (Ws) 299/12, 1 Vollz (Ws) 299/12, Beschluss v. 19. November 2012, Tz. 17-23. Eine etwas umfangreichere Zusammenfassung bieten Bartsch Forum Strafvollzug 2011, 267, 271 ff.; Dessecker ZIS 2011, 706, 709 f. Krit. zum Detailreichtum der Vorgaben Volkmann JZ 2011, 835, 841 („es fehlt gerade noch, dass die Baupläne für die künftig zu schaffenden Einrichtungen mitgeliefert werden.“).

ggf. bereits während des Strafvollzugs ausgeschöpft werden.⁴⁸

- *Individualisierungs- und Intensivierungsgebot:* Es muss spätestens zu Beginn der Sicherungsverwahrung eine umfassende und wissenschaftlichen Anforderungen genügende Behandlungsuntersuchung stattfinden und in einen Vollzugsplan münden. Insbesondere im therapeutischen Bereich müssen alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, ggf. durch ein individuell zugeschnittenes Therapieangebot.⁴⁹
- *Motivierungsgebot:* Den drohenden psychischen Auswirkungen, die mit der unbestimmten Dauer der Sicherungsverwahrung verbunden sind, ist durch ein Behandlungs- und Betreuungsangebot zu begegnen.⁵⁰
- *Trennungsgebot:* Der äußere Vollzugsrahmen muss einen deutlichen Abstand zum regulären Strafvollzug erkennen lassen. Eine vollständige räumliche Ablösung vom Strafvollzug ist jedoch nicht erforderlich.⁵¹
- *Minimierungsgebot:* Die gebotene Konzeption muss Vollzugslockerungen vorsehen und Vorgaben zur Entlassungsvorbereitung enthalten. Entlassungsvorbereitungen sind mit planmäßigen Hilfen für die Phase nach der Entlassung zu verzahnen.⁵²
- *Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot:* Dem Unterbrachten ist ein Rechtsanspruch auf Durchführung der zur Reduzierung seiner Gefährlichkeit gebotenen Maßnahmen einzuräumen; er ist bei der Wahrnehmung seiner Interessen zu unterstützen.⁵³
- *Kontrollgebot:* Die Fortdauer der Sicherungsverwahrung ist mindestens jährlich gerichtlich zu überprüfen. Anhaltspunkte für eine Aussetzungseife gebieten eine unverzügliche gesonderte Überprüfung.⁵⁴

Die praktische Umsetzung des Abstandsgebots und seiner Sub-Gebote ist trotz dieser detaillierten Vorgaben nicht einfach. Nicht zu Unrecht haben verschiedene Autoren darauf hingewiesen, dass es sich bei der verfassungsgerichtlich eingeforderten Therapie- und Freiheitsorientierung des Maßregelvollzugs weitgehend um eine bloße Reformulierung der auch für den modernen Strafvollzug geltenden Prinzipien handelt⁵⁵ (eine Ausnahme bilden freilich das Ultima-ratio- und das räumliche Trennungsgebot). Vor diesem Hintergrund ist wiederholt die Befürchtung geäußert worden, die Herstellung des geforderten Abstands könne auch durch eine Herabsenkung

der Strafvollzugsstandards erzielt werden,⁵⁶ mithin ginge das Abstandsgebot letztlich zu Lasten der Strafgefangenen, ohne aber die Situation für den Maßregelvollzug zu verbessern. Eine weitere Konsequenz eines solcherart wörtlich genommenen *Abstandsgebots* läge in der Unmöglichkeit einer maximalen Optimierung von Straf- und Maßregelvollzug. „Zugespielt formuliert: eine Verletzung des ‚Abstandsgebots‘ wäre auch dann gegeben, wenn sowohl Freiheitsstrafe als auch Sicherungsverwahrung in mustergültiger, aber gleicher Weise ‚freiheits- und therapieorientiert‘ ausgestaltet wären.“⁵⁷

Das BVerfG hat diesen dem Abstandsgebot inhärenten Konflikt im Ansatz auch erkannt – ist darüber jedoch mit einer lapidar-substanzlosen Bemerkung hinweggegangen.⁵⁸ Dennoch kann weder davon ausgegangen werden, dass das Gericht sich mit einer Abstandsherstellung „nach unten“ zufrieden geben würde, noch, dass Resozialisierungsbemühungen im Strafvollzug künftig bewusst suboptimal gehalten sein müssen. Aufschluss über das vom BVerfG tatsächlich Gemeinte gibt die vom Gericht bemühte Herleitung des Abstandsgebots. Dieses beruhe, so das BVerfG, auf den „kategorial unterschiedlichen Legitimationsgrundlagen und Zwecksetzungen des Vollzugs der Freiheitsstrafe und des Vollzugs der Sicherungsverwahrung“.⁵⁹ Während nämlich der repressive Strafvollzug eine Reaktion auf die vorwerfbare Begehung einer Straftat darstellt, beruhe das Präventionsinstrument der Sicherungsverwahrung allein auf dem Prinzip des überwiegenden Interesses. Werde aber ein als weiterhin hochgefährlich eingeschätzter Verurteilter nach Verbüßung seiner Strafe allein aufgrund eines überwiegenden Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit in seinen Freiheitsinteressen beschränkt, verlange der Staat dem solcherart Verwahrten ein „Sonderopfer“ ab.⁶⁰ Diesem Umstand müsse im Gegenzug mit einem privilegierten Vollzug Rechnung getragen werden.

Diese verfassungsgerichtlichen Erwägungen sind durchaus plausibel: Während der zu Freiheitsstrafe verurteilte Straftäter, gleichsam einem rechtswidrig Angreifenden, die Reaktion der Rechtsordnung sich selbst zuzuschreiben hat, wird der Sicherungsverwahrte zur Gefahrenabwehr herangezogen, ohne dass ihm sein mutmaßliches So-(gefährlich-)sein vorgeworfen werden könnte. D.h. während die Strafhaft eher einer lediglich vom Erforderlichen und von der Menschenwürde begrenzten Notwehr („zur Verteidigung der Rechtsordnung“, § 47 Abs. 2 StGB) entspricht, wird der Sicherungsverwahrte im Mo-

⁴⁸ BVerfGE 128, 326, 379 Tz. 112.

⁴⁹ BVerfGE 128, 326, 379 f. Tz. 113.

⁵⁰ BVerfGE 128, 326, 380 Tz. 114.

⁵¹ BVerfGE 128, 326, 380 f. Tz. 115.

⁵² BVerfGE 128, 326, 381 f. Tz. 116. Eingehend Köhne ZRP 2012, 89.

⁵³ BVerfGE 128, 326, 382 Tz. 117.

⁵⁴ BVerfGE 128, 326, 382 Tz. 118.

⁵⁵ Streng JZ 2011, 827, 831.

⁵⁶ Vgl. Kreuzer/Bartsch StV 2011, 472, 479; Höffler/Kaspar ZStW 124 (2012), 87, 115 („Man sollte nicht vergessen: Abstand lässt sich stets in beide Richtungen herstellen.“); Singelstein ZJS 2012, 128, 131. Eschelbach (Fn. 36), § 66b Rn. 18 bezeichnet daher das Abstandsgebot sogar als „seinerseits verfassungswidrig“.

⁵⁷ Höffler/Kaspar ZStW 124 (2012), 87, 119. Ähnlich Drenkhahn/Morgenstern ZStW 124 (2012), 132, 196.

⁵⁸ BVerfGE 128, 326, 377 Tz. 108 („Dies mag der Ausfüllung des Abstandsgebots gewisse faktische Grenzen setzen.“).

⁵⁹ Krit. zu dieser Behauptung Kreuzer/Bartsch StV 2011, 472, 473; Höffler/Kaspar ZStW 124 (2012), 87, 111 ff. Hingegen zutreffend den kategorialen Unterschied zwischen Strafe und Maßregel betonend Radtke GA 2011, 636 ff.; Landau NSStZ 2011, 537, 538 f.

⁶⁰ BVerfGE 128, 326, 374 Tz. 101.

des des Defensivnotstands in Anspruch genommen.⁶¹ Eine Inanspruchnahme des Gefahrurhebers nach den Grundsätzen des Defensivnotstands darf im Vergleich zur Notwehr aber nur im viel engeren Rahmen einer Interessenabwägung und begrenzt durch Solidaritätspflichten erfolgen.⁶²

Dies berücksichtigend, gewinnt das Abstandsgebot an dogmatischer Kontur: Das dem Sicherungsverwahrten abverlangte Opfer ist immens; die von ihm erlittene Interessenbeeinträchtigung ist gegenüber den dadurch abgewehrten Gefahren u.U. gar die höherwertige (man vergleiche nur die Strafdrohung in § 239 Abs. 3 Nr. 1 StGB mit denjenigen der von § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB ins Auge gefassten Delikte). Hinzu tritt das hinlänglich bekannte Prognoseproblem. Nach unterschiedlichen Schätzungen ist davon auszugehen, dass es sich jedenfalls bei mehr als der Hälfte der Sicherungsverwahrten um „Prognoseopfer“ in dem Sinne handelt, dass die prognostizierte Rückfallwahrscheinlichkeit in Wahrheit gar nicht besteht.⁶³ Mithin fällt der für die Interessenabwägung bedeutsame Faktor des Gefahrengrades (vgl. § 34 Satz 1 StGB) regelmäßig zugunsten des Sicherungsverwahrten aus.

Aus alledem folgt, dass das Instrument der (unbefristeten) Sicherungsverwahrung überhaupt nur dann zur Anwendung kommen darf, wenn die Beeinträchtigungen der Freiheit des Gefahrurhebers zumindest in qualitativer Hinsicht so gering, d.h. so erträglich, wie irgend möglich gestaltet sind. Das Abstandsgebot ist demnach vor allem als eine Art *Mindestkomfort- und -fürsorgegebot* zu interpretieren.⁶⁴ M.a.W., was Strafgefangenen durchaus noch zugemutet werden kann (bspw. eine Haftraumgröße von 7 m²⁶⁵), ist gegenüber einem Sicherungsverwahrten womöglich bereits illegitim.⁶⁶ Mithin geht es nicht um einen

unter allen Umständen einzuhaltenden Abstand zwischen den Vollzugsformen, sondern um die Gewährleistung eines unterschiedlichen Mindestniveaus an Lebensqualität und Resozialisierungsbemühungen.⁶⁷ Eine Verletzung dieses Gebotes liegt aber auch dann nicht vor, wenn in einer Welt unbeschränkter Ressourcen beide Vollzugsformen maximal optimiert und infolgedessen äußerlich ununterscheidbar ausgestaltet sind. Demgegenüber kann eine Herstellung des geforderten Mindestniveaus des Verwahrsvollzugs durch eine bloße Absenkung der Strafvollzugsstandards nicht hergestellt werden.⁶⁸

3. Die Umsetzung des Abstandsgebots

Das BVerfG hat eine Umsetzung des Abstandsgebots auf mehreren Ebenen gefordert. Während der Bundesgesetzgeber die „wesentlichen Leitlinien“ vorzugeben habe, seien die Länder zur Schaffung entsprechender Vollzugsregeln aufgerufen.⁶⁹

a) Wesentliche Leitlinien

Der Bundesgesetzgeber hat auf den verfassungsgerichtlichen Auftrag mit dem Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung vom 5. Dezember 2012 reagiert.⁷⁰ Zentralnorm für die Grundsätze des Sicherungsverwahrungsvollzugs ist nunmehr der mit „Ausgestaltung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung und des vorhergehenden Strafvollzugs“ überschriebene § 66c StGB. Die Norm beschränkt sich im Wesentlichen auf die Wiedergabe der Vorgaben des BVerfG. § 66c Abs. 1 Nr. 1 StGB enthält die Grundsätze des Motivierungs- sowie des Individualisierungs- und Intensivierungsgebots, Nr. 2 regelt in enger Anlehnung an § 2 ThUG die Kernvorgaben des Trennungsgebots⁷¹ und Nr. 3 soll die Einhaltung

⁶¹ Vgl. *Streng* JZ 2011, 827, 828; *ders.* StV 2013, 236, 237 ff.; *Radtke* GA 2011, 636, 643.

⁶² Dazu *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB (2013), § 34 Rn. 47 f.; *Zimmermann*, *Rettungstötungen* (2009), S. 163 ff.

⁶³ *Eschelbach* NJW 2010, 2499, 2500; *Streng* JZ 2011, 827, 829; *J. Müller* NK 2012, 54, 58 f.; *Schöch* (Fn. 37), S. 123 ff.; *ders.* GA 2012, 14, 30 („Zusammenfassend kann gesagt werden, dass, um einen wirklich Gefährlichen zu erfassen, zugleich neun zu Unrecht von Sachverständigen als hochgefährlich eingeschätzte Straftäter inhaftiert werden müssen.“); *Singelstein* ZJS 2012, 128, 129. Reformvorschläge bei *Alex/Feltes/Kudlacek* StV 2013, 259 ff.

⁶⁴ Ähnlich *Streng* JZ 2011, 827, 831. Vgl. auch *Höffler/Kaspar* ZStW 124 (2012), 87, 131 Fn. 182, die vorschlagen, in der Sicherungsverwahrung u.a. die Abgabe geringer Mengen Alkohols, das Halten von Haustieren und das Abonnieren von Sportsendern zu ermöglichen. Eine Analyse von OLG-Entscheidungen zum Thema Unterbringungskomfort bietet *Beck* HRRS 2013, 9 ff.

⁶⁵ Ausf. dazu *Arloth*, StVollzG, 3. Aufl. (2011), § 144 Rn. 2; *Huchting/Pollähne*, in: *Alternativ-Kommentar-StVollzG*, 6. Aufl. (2012), § 144 Rn. 2-5.

⁶⁶ Vor dem Hintergrund dieses Arguments erweist sich die Auffassung von LG Marburg StV 2012, 671; *Steinhilber*, *Mord und Lebenslang* (2012), S. 130 als verfehlt, wonach die Privilegien des Abstandsgebots auch für den Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe gelten müssten, wenn die aus Gründen der besonderen Schwere der Schuld festgesetzte Mindestverbüßungszeit abgelaufen ist, aber der Verurteilte aus Gründen der weiteren Gefährlichkeit weiterhin in Haft gehalten wird (sog. Sicherungsüberhang bei lebens-

langer Freiheitsstrafe). Der aus Sicherheitsgründen weiterhin Inhaftierte erbringt *kein* notstandsrechtlich begründetes Sonderopfer, sondern büßt (weiterhin) für eine selbstverschuldete Tatbegehung. I.E. wie hier *Bartsch/Kreuzer* StV 2012, 674, 676 f.

⁶⁷ So wohl auch *Bartsch/Kreuzer* StV 2012, 674, 675; *Schöch* GA 2012, 14, 18.

⁶⁸ Zutreffend *Höffler/Kaspar* ZStW 124 (2012), 87, 118 („Es leuchtet nicht ein, warum die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme [Sicherungsverwahrung] davon abhängen sollte, in welcher Relation ihre Ausgestaltung zu einer anderen [Strafe] steht.“).

⁶⁹ BVerfGE 128, 326, 387 f. Tz. 129 f. Krit. zur Vorgabe einer Rahmengesetzgebung contra constitutionem *Hörmler* NStZ 2011, 488, 493; *Bartsch* Forum Strafvollzug 2011, 267, 271; *Payandeh/Sauer* Jura 2012, 289, 298; *Drenkhahn/Morgenstern* ZStW 124 (2012), 132, 193. Eine solche Vorgabe erscheint jedoch insofern sachgerecht, als die Länder überhaupt in groben Zügen wissen müssen, was sie eigentlich vollziehen sollen; ebenso *Schöch* GA 2012, 14, 16.

⁷⁰ BGBl. I, S. 2425. Ausf. dazu *Pollähne* StV 2013, 249 ff.; *Peglau* JR 2013, 249 ff. Zu Neuregelungen im StVollzG *Lesing* StV 2013, 278 ff.

⁷¹ Vor dem Hintergrund der nunmehrigen Ähnlichkeit von Sicherungsverwahrung und Therapieunterbringung bestimmt zudem der neue § 2 Abs. 2 ThUG, dass Therapieuntergebrachte künftig grundsätzlich auch im Sicherungsverwahrungsvollzug untergebracht werden können. Krit.

des Minimierungsgebots gewährleisten. Absatz 2 normiert die verfassungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Gefährlichkeitsminimierung des Täters bereits während des vorhergehenden Strafvollzugs und dient damit der Umsetzung des Ultima-ratio-Prinzips. Eine zusätzliche Absicherung erfahren die Vorgaben des § 66c Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 StGB durch die neugeschaffenen Aussetzungsgründe in § 67c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und § 67d Abs. 2 S. 2 StGB. Danach ist die Vollstreckung der Unterbringung aus Verhältnismäßigkeitsgründen zwingend zur Bewährung auszusetzen, wenn dem Täter bzw. dem Untergebrachten eine abstandsgebotsmäßige Betreuung auch nach einer gerichtlichen Abhilfe-Fristsetzung nicht zuteil geworden ist.⁷² Bezüglich der Entscheidung gem. § 67c Abs. 1 StGB ist das Gericht gem. § 119a Abs. 7 StVollzG n.F. überdies an die vorhergehenden regelmäßigen Kontrollentscheidungen der Strafvollstreckungskammer gebunden. Zwecks Umsetzung des Rechtsschutz- und Unterstützungsgebots sind zudem hinsichtlich der v.g. gerichtlichen Entscheidungen in § 109 Abs. 3 StVollzG n.F. sowie in § 463 Abs. 3 S. 5, Abs. 8 StPO n.F. Pflichten zur Beiordnung eines Rechtsbeistands normiert worden. Der Umsetzung des Kontrollgebots dient die Änderung in § 67e Abs. 2 StGB, wonach die Prüfung des weiteren Vorliegens der Vollstreckungsvoraussetzungen nicht mehr zweijährlich, sondern jährlich bzw. nach dem Vollzug von zehn Jahren der Unterbringung spätestens alle neun Monate zu erfolgen hat.⁷³

In verfassungsrechtlicher Hinsicht dürfte der Bundesgesetzgeber damit die Vorgaben des BVerfG in ausreichendem Maße umgesetzt haben.⁷⁴ Konventionsrechtliche Bedenken sind ebenfalls nicht angebracht; man wird sogar annehmen können, dass bei Einhaltung v.g. Leitlinien der EGMR die Sicherungsverwahrung künftig nicht mehr als Strafe i.S.d. Art. 7 EMRK qualifizieren wird.⁷⁵

b) Ausgestaltung des Vollzugs

Die nähere Ausgestaltung der in § 66c StGB geregelten Vorgaben – und mithin das Schwergewicht der Anstrengungen zur Etablierung eines verfassungsmäßigen Zustands – obliegt kraft der grundgesetzlichen Kompetenz-

dazu unter konventionsrechtlichen Gesichtspunkten *Höfller/Stadtland StV* 2012, 239, 245.

⁷² Krit. dazu *Böttcher Forum Strafvollzug* 2011, 281, 283 („Opferschutz darf [...] nicht davon abhängig gemacht werden, dass gegenüber dem Täter alle Vorgaben des BVerfG erfüllt wurden.“); *Pollähne StV* 2013, 249, 253.

⁷³ Der ursprüngliche Entwurf der BReg, BT-Drs. 17/9874, S. 6 sah sogar nach Ablauf der Zehnjahresfrist eine *halbjährliche* Überprüfung vor. Davon wurde im weiteren Gesetzgebungsverlauf unter Hinweis auf die „therapeutische Kontraproduktivität“ einer Halbjahresfrist Abstand genommen (BT-Drs. 17/9874, S. 41 i.V.m. BT-Drs. 17/11388, S. 33). Krit. zur Unterschreitung der Jahresfrist *Bartsch Forum Strafvollzug* 2011, 267, 273.

⁷⁴ So auch *Leipold NJW-Spezial* 2012, 760, 761; *Leutheusser-Schnarrenberger DRiZ* 2013, 74, 75. Die Neuregelungen begrüßend auch *Beck HRRS* 2013, 9, 15.

⁷⁵ *Satzger StV* 2013, 243, 248 f. A.A. *Renzikowski ZIS* 2011, 531, 534. Eine interessante, hier aber nicht weiter zu verfolgende Frage ist, ob der EGMR im Falle einer Angleichung von Straf- und Maßregelvollzug auf das (hohe) Niveau der Sicherungsverwahrung doch wieder eine Strafähnlichkeit derselben annehmen würde.

verteilung den Landesgesetzgebern. Beispielhaft sei an dieser Stelle das Bemühen des Landes Bayern analysiert.

Der Landesgesetzgeber hat, in Abkehr von der bisherigen Lösung (scil. Sondervorschriften im BayStVollzG), eine vollständige Neuregelung des Verwahrvollzugs in einem eigenen Gesetz (Gesetz über den Vollzug der Sicherungsverwahrung – BaySvVollzG) beschlossen.⁷⁶ Art. 1 Abs. 2 dieses Gesetzes bestimmt, dass die Sicherungsverwahrung in Bayern in einer besonderen Abteilung einer JVA vollzogen wird.⁷⁷ Der Vollzug erfolgt jedoch grundsätzlich getrennt vom Vollzug anderer Freiheitsentziehungen (Art. 85 Abs. 1 BaySvVollzG)⁷⁸ und bewegt sich damit im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Vorgaben.⁷⁹ Die in Art. 2 und 3 genannte Zielrichtung und Gestaltung des Vollzugs wiederholt insbesondere die verfassungsgerichtlichen und bundesrechtlichen Leitlinien; zusätzlich bestimmt Art. 2 Abs. 2 BaySvVollzG das Resozialisierungsgebot zum Vollzugsziel. Interessanterweise ist das in Art. 3 Abs. 3 S. 1 BaySvVollzG genannte Angleichungsgebot nicht wie in Art. 5 BayStVollzG als Soll-, sondern als Ist-Vorschrift ausgestaltet. Art. 4 BaySvVollzG konkretisiert das Motivierungsgebot unter Erwähnung eines Vergünstigungssystems,⁸⁰ Art. 9 BaySvVollzG setzt die verfassungsgerichtlichen Vorgaben⁸¹ für die Gestaltung individueller Vollzugspläne um. Das geforderte Angebot an (sozialtherapeutischen) Behandlungen ist in den Art. 10 f. BaySvVollzG geregelt.⁸²

Wesentliche Abweichungen gegenüber dem Strafvollzug betreffen die Form der Unterbringung (Trennungsgebot). Die Sicherungsverwahrung erfolgt zwar im geschlossenen Vollzug (Art. 13 BaySvVollzG), jedoch besteht außerhalb der Nachruhe prinzipiell Bewegungsfreiheit innerhalb der Einrichtung sowie auf einem Außenbereich im Freien (Art. 15 Abs. 1 BaySvVollzG). Die Sicherungsverwahrten leben dabei in geschlechtergetrennten (Art. 85 Abs. 3 BaySvVollzG) Wohngruppen mit wohnlich eingerichteten Gruppen- und Besuchsräumen (Art. 84 Abs. 1, 3 BaySvVollzG). Jeder Verwahrte erhält zudem ein Zimmer zum Wohnen und Schlafen zur alleinigen Nutzung, dessen Größe einschließlich des baulich abgetrennten Sanitärbereichs mindestens 15 m² betragen muss (Art. 16 BaySvVollzG). Ob besagte Zimmergröße dem Abstandsgebot ausreichend Rechnung trägt, war in

⁷⁶ BayLT-Drs. 16/13834 (abrufbar unter http://www1.bayern.landtag.de/ElanTextAblage_WP16/Drucksachen/Basisdrucksachen/0000008500/0000008907.pdf), beschlossen am 16. Mai 2013. Vergleichbare Gesetze mit Wirkung zum 1. Juni 2013 sind zuvor in anderen Bundesländern verabschiedet worden, z.B. das Nds. SVVollzG (Nds. GVBl. 2012, S. 566).

⁷⁷ Konkret: in einem neuerrichteten Gebäude mit 84 Unterbringungsplätzen innerhalb der Außenmauern der JVA Straubing, BayLT-Drs. 16/13834, S. 3.

⁷⁸ (Wenige) Ausnahmen von diesem Grundsatz regelt Art. 85 Abs. 2 i.V.m. Art. 12 Abs. 2 BaySvVollzG, bspw. bei Katastrophen.

⁷⁹ Vgl. BVerfGE 128, 326, 380 Tz. 115 („keine vollständige räumliche Ablösung vom Strafvollzug“).

⁸⁰ Zur Ausgestaltungsmöglichkeit eines solchen *Bartsch Forum Strafvollzug* 2011, 267, 272 m.w.N.

⁸¹ BVerfGE 128, 326, 379 f. Tz. 113.

⁸² Zum Behandlungskonzept des bayerischen Sicherungsverwahrungsvollzugs unter Berücksichtigung des Abstandsgebots *Endres/Breuer Forum Strafvollzug* 2011, 285 ff.

der oberlandesgerichtlichen Rspr. kontrovers beurteilt worden.⁸³ Angesichts einer durchschnittlichen Zimmergröße von 13 m² in bayerischen Studentenwohnheimen⁸⁴ erscheint die Regelung des Art. 16 Abs. 1 S. 4 BaySvVollzG aber durchaus noch im Bereich des verfassungsrechtlich Zulässigen angesiedelt. Weitere Privilegierungen der Sicherungsverwahrten betreffen die Möglichkeit der Selbstverpflegung (Art. 19 Abs. 2 BaySvVollzG), die Nutzung von eigener Kleidung, Wäsche und Bettzeug (Art. 18 BaySvVollzG)⁸⁵ sowie der Gestattung eines anstaltsinternen Tauschhandels mit geringwertigen Sachen (Art. 17 Abs. 3 BaySvVollzG).

Des Weiteren sind den Untergebrachten erweiterte Rechte zu Außenkontakten zu gewähren. Neben der Gestattung vermittelter Telefongespräche (Art. 25 Abs. 1 BaySvVollzG) sowie der Nutzung anderer Formen der Telekommunikation (Art. 30 BaySvVollzG, bspw. E-Mail-Verkehr und Bildtelefonie) haben die Sicherungsverwahrten gem. Art. 22 Abs. 1 BaySvVollzG das Recht, mindestens zwölf Stunden im Monat Besuch zu empfangen.⁸⁶ Abs. 2 des Artikels sieht darüber hinaus bei geeigneten Sicherungsverwahrten mehrstündige, behandlerisch begleitete Besuche zur Förderung familiärer, partnerschaftlicher oder ähnlicher Kontakte vor. Ob damit, wie der Gesetzgeber meint, Intimbefuche per se ausgeschlossen sind,⁸⁷ mag bereits angesichts des offenen Normwortlauts bezweifelt werden. In jedem Fall aber wäre ein kategorisches Intimbefuchsverbot als mit Erforderlichkeitserwägungen kaum begründbare Schikane mit dem Gebot eines minimalinvasiven Freiheitsentzugs unvereinbar;⁸⁸ der ggf. lebenslange Entzug von Sexualkontakten ist insoweit unzumutbar und unterschreitet das Erfordernis eines bestimmten Mindestlebensqualitätsniveaus in der Sicherungsverwahrung. Immerhin sind im System „vollzugsöffnender Maßnahmen“ (Art. 54 BaySvVollzG) – der Begriff ist § 66c Abs. 1 Nr. 3 lit. a StGB entlehnt – auch Langzeitausgänge von bis zu zwei Wochen vorgesehen. Können entsprechende Maßnahmen aus Sicherheits- oder anderen zwingenden Gründen nicht gewährt werden, hat der Sicherungsverwahrte Anspruch auf eine mindestens viermal im Jahr erfolgende Ausführung. Weitere Unterschiede zum Strafvollzug bestehen schließlich in der signifikant erhöhten Vergütung für beschäftigte Verwahrte (gem. Art. 39 Abs. 3 S. 1 BaySvVollzG i.V.m. § 18 SGV IV derzeit 2,52 € Stundenlohn statt 1,42 € im Strafvollzug) sowie in der Ergänzung des Disziplinarmaßnahmenkatalogs um Mechanismen gütlicher Streitbeilegung (Art. 78 Abs. 5 BaySvVollzG).

⁸³ Siehe etwa OLG Naumburg Forum Strafvollzug 2012, 55, 58 (mindestens 20 m²) versus OLG Hamm (Fn. 47), Tz. 26.

⁸⁴ Arloth Forum Strafvollzug 2012, 59, 60.

⁸⁵ Nach Bartsch Forum Strafvollzug 2011, 267, 270 ist allerdings die Nutzung eigener Kleidung auch in der Strafhaft „vielerorts längst erlaubt“.

⁸⁶ Zum Vergleich: Nach Art. 27 Abs. 1 S. 2 BayStVollzG beträgt das Besuchsrecht Strafgefangener mindestens eine Stunde im Monat.

⁸⁷ BayLT-Drs. 16/13834, S. 38.

⁸⁸ Zur Problematik im Bereich des Strafvollzugs siehe Joester/Wegner, in: Alternativ-Kommentar-StVollzG, 6. Aufl. (2012), § 24 Rn. 26.

Insgesamt lässt sich sagen, dass das BaySvVollzG, von den im Text angesprochenen Problempunkten abgesehen, den verfassungs- und sonstigen bundesrechtlichen Vorgaben zum Abstandsgebot Genüge tut. Es steht zu erwarten, dass der Sicherungsverwahrsvollzug in Bayern aus Sicht der Betroffenen künftig spürbare Erleichterungen gegenüber dem Strafvollzug bereithält.

IV. Die einzelnen Formen der Sicherungsverwahrung

1. Anfängliche Sicherungsverwahrung

a) Die anfängliche (auch: primäre⁸⁹ oder originäre⁹⁰) Sicherungsverwahrung gem. § 66 StGB bleibt hinsichtlich der formellen und materiellen Voraussetzungen unverändert. Erforderlich sind im Wesentlichen mindestens zwei schwere Vortaten, eine bzw. mehrere Vorverurteilungen sowie eine negative Prognose dahingehend, der Täter werde auch in Zukunft infolge seines Hangs zu erheblichen Straftaten eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellen. Auf eine nähere Aufzählung der Voraussetzungen im Einzelnen wird hier verzichtet.⁹¹

b) Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist die Beibehaltung des „alten“ § 66 StGB nicht zu beanstanden. Denn das Verdikt der Verfassungswidrigkeit beruhte allein auf der Verletzung des Abstandsgebots beim Vollzug.⁹² Ferner war es, entgegen Hörnle,⁹³ auch nicht erforderlich, die Vorschriften zur Anordnung der Sicherungsverwahrung – hier: § 66 StGB – in unveränderter Form erneut zu verabschieden.⁹⁴ Das BVerfG hat die fragliche Norm nämlich gerade nicht für nichtig (also rechtlich inexistent), sondern lediglich für mit der Verfassung unvereinbar erklärt.⁹⁵ Demgemäß handelt es sich „nur“ um eine Normbeanstandung, welche eine Anwendungssperre bewirkt.⁹⁶ Repariert der Gesetzgeber das Anwendungshindernis – hier: mittels Wahrung des Abstandsgebots durch § 66c StGB i.V.m. den Landesgesetzen über den Vollzug der Sicherungsverwahrung –, steht der Wiederanwendbarkeit der alten Norm nichts im Weg.⁹⁷ Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber immerhin dazu veranlasst gesehen, „zur Klarstellung“ in Art. 316f Abs. 1

⁸⁹ So Kinzig NJW 2011, 177. Grosse-Bröhmer/Klein ZRP 2010, 172, 174 verwenden den Begriff „ursprüngliche“ Sicherungsverwahrung.

⁹⁰ Mosbacher HRRS 2011, 229, 237.

⁹¹ Guter Kurzüberblick bei Esser JA 2011, 727, 733; Mitsch JuS 2011, 785, 787 f.; Kinzig NJW 2011, 177 f. Ein vollständiger Katalog möglicher Anlasstaten findet sich bei Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern (Fn. 6), § 66 Rn. 61 f.

⁹² Hörnle NSTz 2011, 488, 492; Anders JZ 2012, 498, 500.

⁹³ Hörnle NSTz 2011, 488, 493. Wohl ebenso Bartsch Forum Strafvollzug 2011, 267, 273; Kreuzer/Bartsch StV 2011, 472, 479.

⁹⁴ Ebenso BT-Drs. 17/11388, S. 33 f.

⁹⁵ BVerfGE 128, 326 Tenor zu II.

⁹⁶ Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 29. EL (Stand 10/2008), § 78 Rn. 56-63.

⁹⁷ Vgl. auch Volkmann JZ 2011, 835, 840 („Nicht durch das, was sie enthalten, verstoßen [die vorhandenen Regelungen] gegen das GG, sondern durch das, was ihnen noch alles fehlt.“).

EGStGB eine „Anwendbarkeitserklärung im Sinne einer ‚Normbestätigung‘“ zu implementieren.⁹⁸

c) Gleichfalls keine Zweifel bestehen an der Konventionskonformität der anfänglichen Sicherungsverwahrung.⁹⁹ Eine bereits im Urteil zusätzlich zur Kriminalstrafe angeordnete und im Anschluss an deren Verbüßung vollstreckte Sicherungsverwahrung als präventive Form der Unterbringung stellt eine kausal auf die Verurteilung zurückzuführende und deshalb von Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK gedeckte Freiheitsentziehung dar.¹⁰⁰ Eine Rechtfertigung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK ist dagegen in Bezug auf alle im StGB vorgesehenen Formen der Sicherungsverwahrung ausgeschlossen, da es insoweit ganz regelmäßig am Erfordernis einer hinreichend konkreten und spezifischen drohenden Straftat mangelt.¹⁰¹

2. Vorbehaltene Sicherungsverwahrung

a) Der unverändert fortbestehende § 66a StGB¹⁰² ermöglicht dem erkennenden Gericht, im Urteil die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorzubehalten, wenn zwar nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber aufgrund der Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten doch wahrscheinlich ist, dass der Täter infolge seines Hanges zu erheblichen Straftaten zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.¹⁰³ Über die endgültige Anordnung der Sicherungsverwahrung entscheidet das Gericht des ersten Rechtszugs gem. § 275a StPO in einer neuen Hauptverhandlung spätestens sechs Monate vor der vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe („zeitlich aufgespaltene Hauptverhandlung“¹⁰⁴).

b) Sub specie Verfassungsrecht bestehen keine Bedenken hinsichtlich der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung. Auch in Bezug auf § 66a StGB bezog sich die Unvereinbarkeitsklärung durch das BVerfG allein auf die – nunmehr behobene – Missachtung des Abstandsgebots.¹⁰⁵

c) Umstritten ist indes die Vereinbarkeit mit der EMRK. Auch für die vorbehaltene Sicherungsverwahrung kommt als Rechtfertigungsgrund für den Freiheitsentzug allein Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK in Betracht. Problematisch erscheint vor dem Hintergrund der gespaltenen Hauptverhandlung das vom EGMR postulierte Erfordernis eines „ausreichenden Kausalzusammenhangs“ zwischen

Verurteilung und Freiheitsentziehung.¹⁰⁶ Da als Verurteilung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK nur die eine *Schuldfeststellung* beinhaltende gerichtliche Freiheitsentzugsanordnung angesehen wird,¹⁰⁷ kommt die Anordnungsverhandlung nach § 275a StPO – also der zweite Teil der Hauptverhandlung – als Verurteilung i.S.d. EMRK nicht in Betracht.¹⁰⁸ Denn in diesem Verfahren geht es nicht mehr um die Schuldfrage bzgl. der Anlasstat, sondern ausschließlich um die Voraussetzungen der Sicherungsverwahrungsanordnung (insbes. die Prognose künftiger Gefährlichkeit). Mithin kommt als den Freiheitsentzug rechtfertigende Verurteilung allein das die Sicherungsverwahrung vorbehaltende Urteil – also der erste Teil der Hauptverhandlung – in Betracht.

In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, ob nicht durch die u.U. lange Zeitspanne zwischen Sicherungsverwahrungsvorbehalt und der tatsächlichen Anordnung sowie durch das „Dazwischentreten“ des zweiten Hauptverhandlungsteils der geforderte Kausalzusammenhang unterbrochen oder doch zumindest zu sehr ausgedünnt wird. Teilweise wird diese Frage bejaht.¹⁰⁹ Die weitaus besseren Argumente sprechen jedoch für die Gegenauffassung.¹¹⁰ In den Kategorien der Kausalitätslehre gesprochen, handelt es sich beim vorbehaltenden Urteil ohne Zweifel um eine *conditio-sine-qua-non* der späteren Anordnung; vorbehaltende und anordnende Hauptverhandlung sind somit für den Freiheitsentzug kumulativ kausal. Da letztere auf ersterer aufbaut bzw. inhaltlich an diese anknüpft, kann auch von einem „überholenden Zweitereignis“¹¹¹ keine Rede sein. Normative Restriktionen, bspw. unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes, sind ebenfalls nicht geboten, da alle Beteiligten bereits im ersten Urteil erfahren, „woran sie sind“¹¹². Schließlich gelangt auch das BVerfG im Rahmen einer ausführlichen Analyse der EGMR-Rspr. zum Merkmal der Verurteilung zu dem Ergebnis eines ausreichenden Kausalzusammenhangs.¹¹³

3. Nachträgliche Sicherungsverwahrung

Als nachträglich wird bezeichnet die Sicherungsverwahrung, welche weder in der die Anlasstat betreffenden Entscheidung angeordnet noch vorbehalten worden ist. Diese Form der Sicherungsverwahrung wird auch in der

⁹⁸ BT-Drs. 17/11388, S. 34.

⁹⁹ *Drenkhahn/Morgenstern* ZStW 124 (2012), 132, 148.

¹⁰⁰ *Esser*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2012), Art. 5 EMRK/Art. 9, 10, 11 IPBPR Rn. 80; *Kinzig* NJW 2011, 177, 178 Fn. 10 (jew. m. Nachw. a.d. EGMR-Rspr.).

¹⁰¹ *Esser* (Fn. 100), Art. 5 EMRK/Art. 9, 10, 11 IPBPR Rn. 134 m.w.N.; *Drenkhahn/Morgenstern* ZStW 124 (2012), 132, 151. A.A. wohl *Grosse-Bröhmer/Klein* ZRP 2010, 172, 173.

¹⁰² Siehe aber *Kinzig* StraFo 2011, 429, 436, der zuvor für eine Abschaffung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung plädiert hatte.

¹⁰³ *Esser* JA 2011, 727, 728. Zu den Einzelheiten der Anordnungsvoraussetzungen *Kinzig* NJW 2011, 177, 178 f.

¹⁰⁴ *Stuckenberg*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2013), § 275a Rn. 4.

¹⁰⁵ Ausdrücklich klargestellt von BVerfG NJW 2012, 3357, 3358 Tz. 68 = HRRS 2012 Nr. 657.

¹⁰⁶ EGMR NJW 2010, 2495 f. Tz. 87 f. (M./Deutschland); 2012, 1707, 1708 Tz. 36 (Schmitz/Deutschland). Dazu, dass die Redeweise von einer Kausalbeziehung in diesem Zusammenhang verfehlt ist, *Hörnle*, in: Festschrift für Rissing-van Saan, S. 239, 246 („Der Sache nach gemeint ist offensichtlich Zurechnung.“).

¹⁰⁷ *Esser* (Fn. 100), Art. 5 EMRK/Art. 9, 10, 11 IPBPR Rn. 68.

¹⁰⁸ *Esser* (Fn. 100), Art. 5 EMRK/Art. 9, 10, 11 IPBPR Rn. 84.

¹⁰⁹ *Kinzig* NStZ 2010, 233, 239; *ders.* NJW 2011, 177, 179 (unter Hinweis auf OLG Hamm NStZ-RR 2010, 388 f.); *ders.* StraFo 2011, 429, 432. Skeptisch auch *Hörnle* NStZ 2011, 488, 493 a.E. Diff. *Esser* (Fn. 100), Art. 5 EMRK/Art. 9, 10, 11 IPBPR Rn. 85.

¹¹⁰ *Kreuzer* ZRP 2011, 7, 8 f.; *Streng* JZ 2011, 827, 834; *Bartsch* Forum Strafvollzug 2011, 267, 273; *Satzger* StV 2013, 243, 247.

¹¹¹ *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 42. Aufl. (2012), Rn. 167.

¹¹² *Kreuzer* ZRP 2011, 7, 8.

¹¹³ BVerfG NJW 2012, 3357, 3360 ff. Tz. 92-112 mit abl. Anm. G. Merkel ZIS 2012, 521 ff.

Zukunft eine Rolle spielen. Es ist allerdings zu differenzieren zwischen vor dem 1. Januar 2011 begangenen Taten (Altfälle) und nach diesem Stichtag begangenen Taten (Neufälle).

a) Neufälle

aa) Für Neufälle ist die nachträgliche Sicherungsverwahrung nur noch in den von § 66b StGB i.d.F. d. SichVNOG erfassten Fällen möglich, § 2 Abs. 6 StGB i.V.m. Art. 316e Abs. 1 S. 1, 316f Abs. 1 EGStGB.¹¹⁴ Danach kommt eine nachträgliche Sicherungsverwahrungsanordnung zum Tragen, wenn die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d Abs. 6 StGB für erledigt erklärt worden ist, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende (§ 20 StGB) oder vermindernde (§ 21 StGB) Zustand, auf dem die Unterbringung nach § 63 StGB beruhte, im Zeitpunkt der Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat, und von dem Betroffenen mit hoher Wahrscheinlichkeit die Begehung erheblicher Straftaten zu erwarten ist, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.¹¹⁵

bb) Bereits unter genuin verfassungsrechtlichen Aspekten ist § 66b StGB eine heikle Vorschrift. Zwar ist die konkrete Ausgestaltung der Anordnungsvoraussetzungen vom BVerfG zunächst gar nicht¹¹⁶ und in der Entscheidung vom 4. Mai 2011 dann nur insoweit beanstandet worden, als der Vollzug der nachträglichen Sicherungsverwahrung das Abstandsgebot nicht einhalte.¹¹⁷ Konkret hat das Gericht, anders als bei § 66b Abs. 1, 2 StGB a.F., eine Verletzung des allgemeinen Vertrauensschutzgebots (Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. 104 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG) durch die nachträgliche Sicherungsverwahrungsanordnung verneint. Zur Begründung führte es aus, es handele sich bei § 66b StGB im Kern lediglich um die Überweisung von einer Maßnahme (Krankenhausunterbringung) in die andere (Sicherungsverwahrung).¹¹⁸ Unter dem Eindruck der jüngsten EGMR-Rspr. zu § 66b Abs. 3 StGB a.F. (siehe unten) hat das BVerfG diese Argumentation indes aufgegeben und obiter dictu angemerkt, „dass die Anwendung von § 66b Abs. 3 StGB [gemeint ist: § 66b StGB n.F.] auch in Neufällen Vertrauensschutzbelange tangiert.“¹¹⁹ Für eine verfassungskonforme Anwendung von § 66b StGB ist es daher notwendig, die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung in Neufällen einstweilen nur unter denselben restriktiven Voraussetzungen, wie sie für Altfälle erforderlich sind, als verhältnismäßig i.S.d. § 62 StGB zu betrachten. D.h. die Erledigungserklärung gem. § 67d Abs. 6 S. 1 StGB ist mit der Feststellung des (Fort-)Bestehens einer psychischen

Störung i.S.d. § 1 ThUG sowie einer hochgradigen Gefahr der Begehung schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten zu koppeln.¹²⁰

cc) § 66b StGB ist an und für sich teilweise konventionswidrig.¹²¹ Als Rechtfertigungsgrund der Freiheitsentziehung durch die Anordnung der Sicherungsverwahrung gem. § 66b StGB i.V.m. § 275a StPO kommt primär Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK in Betracht – lit. e scheidet regelmäßig deshalb aus, weil eine psychische Krankheit gerade nicht (mehr) besteht. Die Rechtfertigung nach lit. a setzt allerdings eine Verurteilung, d.h. die gerichtliche Feststellung einer *schuldhaft* begangenen Tat voraus. Beruhte die ursprüngliche Unterbringungsanordnung gem. § 63 StGB auf einer lediglich geminderten Schuldfähigkeit i.S.d. § 21 StGB, ist das Verurteilungserfordernis insoweit erfüllt;¹²² eine Durchbrechung des erforderlichen Kausalzusammenhangs zwischen der Verurteilung bzgl. der Anlasstat und der zeitlich nachfolgenden Sicherungsverwahrungsanordnung ist aus denselben Gründen wie bei der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nicht anzunehmen.

Jedoch kann § 66b StGB, wie bereits ein Umkehrschluss aus dessen Satz 2 ergibt¹²³, auch dann zur Anwendung kommen, wenn der ursprünglichen Unterbringung nach § 63 StGB eine im Zustand der Schuldunfähigkeit begangene Anlasstat zugrunde lag.¹²⁴ In diesen Fällen ist der gem. § 66b StGB Sicherungsverwahrte zu keinem Zeitpunkt i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK „verurteilt“ worden – während nämlich beim ersten Urteil gerade keine *Schuldfeststellung* erfolgte (§ 20 StGB!), kommt es im zweiten Verfahren nach § 275a StPO¹²⁵ allein auf die künftige Gefährlichkeit des Täters, nicht aber auf die Feststellung einer schuldhaft begangenen Tat an. Eine Möglichkeit zur konventionskonformen Ausgestaltung des § 66b StGB in den § 20 StGB-Fällen hätte allenfalls darin bestanden, die Erledigungserklärung gem. § 67d Abs. 6 S. 1 StGB mit der Feststellung des (Fort-)Bestehens einer psychischen Störung i.S.d. § 1 ThUG zu verbinden – und auf diese Weise eine Legitimation auf der Basis von Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK zu erreichen. Berücksichtigt man allerdings im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. § 62 StGB die soeben aufgeführten verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Vertrauensschutzgebot, kommt § 66b StGB ohnehin nur noch in diesen konventionsrechtlich unbedenkliche(re)n Fällen zur Anwendung.

¹¹⁴ Missverständlich *Volkman* JZ 2011, 835, 836, wonach § 66b StGB gestrichen und mithin die nachträgliche Sicherungsverwahrung im Erwachsenenstrafrecht abgeschafft worden sei.

¹¹⁵ *Esser* JA 2011, 727, 734.

¹¹⁶ BVerfGK 16, 98, 106 = HRRS 2010 Nr. 265 m. krit. Anm. *Foth* NStZ 2010, 267 f. (zum dem heutigen § 66b StGB entsprechenden § 66b Abs. 3 StGB a.F.).

¹¹⁷ BVerfGE 128, 326, 404 Tz. 166.

¹¹⁸ BVerfGK 16, 98, 111 (im Anschluss an BGHSt 52, 379, 391 Tz. 35). Krit. hierzu *Kinzig* NJW 2011, 177, 180; *Esser* (Fn. 100), Art. 5 EMRK/Art. 9, 10, 11 IPBPR Rn. 86 („Eti-kettenschwindel“).

¹¹⁹ BVerfG HRRS 2013 Nr. 228, Tz. 29-41.

¹²⁰ Näher zu diesen Voraussetzungen siehe unten IV. 3. b) bb) bzw. Fn. 173.

¹²¹ EGMR JR 2013, 78, 80 f. (S./Deutschland) m. abl. Anm. *Pegla*. Ebenso i.E. *Esser* (Fn. 100), Art. 5 EMRK/Art. 9, 10, 11 IPBPR Rn. 86; *Stuckenberg* (Fn. 104), § 275a Rn. 6; *G. Merkel/Roth* HFR 2010, 250, 255 Rn. 10; *Kinzig* NJW 2011, 177, 180; *Streng* JZ 2011, 827, 833 f.; *Renzikowski* ZIS 2011, 531, 535. Zweifelnd *Kreuzer* ZRP 2011, 7, 8.

¹²² *Esser* (Fn. 100), Art. 5 EMRK/Art. 9, 10, 11 IPBPR Rn. 86.

¹²³ *Esser* (Fn. 100), Art. 5 EMRK/Art. 9, 10, 11 IPBPR Rn. 86.

¹²⁴ *Rissing-van Saan/Pegla* (Fn. 20), § 66b Rn. 160.

¹²⁵ Dazu, dass im Falle der nachträglichen Anordnung gem. § 66b StGB keine gespaltene Hauptverhandlung, sondern vielmehr zwei eigenständige Verfahren erfolgen, *Stuckenberg* (Fn. 104), § 275a Rn. 5.

b) Altfälle

aa) Unweit komplizierter stellt sich die Situation für vor dem 1. Januar 2011 begangene Anlasstaten dar. In diesen Fällen besteht neben der für die Neufälle genannten Möglichkeit des „Maßnahmetauschs“ (gem. § 66b Abs. 3 StGB i.d.F. d. SichVNachtrEG) nach Art. 316e Abs. 1 S. 1 EGStGB unter bestimmten Umständen die Möglichkeit einer nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1, 2 i.d.F. d. SichVNachtrEG. Die Anordnungsvoraussetzungen hierfür sind sehr komplex und nicht leicht durchschaubar. Erforderlich ist zunächst das Vorliegen der Voraussetzungen von § 66b Abs. 1 oder 2 StGB a.F., also neben der Verurteilung wegen einer spezifischen schuldhaft begangenen Anlasstat das vor Vollzugsende erfolgende Bekanntwerden neuer Tatsachen, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten hinweisen und eine Gesamtwürdigung der Vortaten des Verurteilten und ergänzend seine Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit schwere Straftaten begehen wird. Auf die zahlreichen und im Einzelnen heftig umstrittenen Detailprobleme dieser Vorschrift kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.¹²⁶

Neu hinzugekommen ist, dass neben diesen Voraussetzungen die Anordnung (bzw. Fortdauer) einer solchen nachträglichen Sicherungsverwahrung gem. Art. 316e Abs. 1 S. 2 EGStGB (Anlasstat vor dem 1. Januar 2011) bzw. Art. 316f Abs. 2 S. 1 EGStGB (Anlasstat zwischen dem 1. Januar 2011 und dem 31. Mai 2013), jew. i.V.m. Art. 316f Abs. 2 S. 2 EGStGB, nur dann erfolgen darf, wenn beim Betroffenen zusätzlich eine psychische Störung vorliegt und aus konkreten Umständen in seiner Person oder seinem Verhalten eine hochgradige Gefahr abzuleiten ist, dass er infolge dieser Störung schwerste Gewalt- oder Sexualstraftaten begehen wird. Diese zusätzlichen Voraussetzungen bereiten unter verschiedenen Gesichtspunkten erhebliche Schwierigkeiten. Ein Problem besteht zunächst darin, in welchem Verhältnis die nach § 66b Abs. 1, 2 StGB a.F. erforderlichen nova zu dem Erfordernis der psychischen Störung und den konkreten gefahrerbegründenden Umständen stehen.¹²⁷ Ganz besondere Schwierigkeiten bereitet zudem der „unbestimmte Rechtsbegriff“¹²⁸ der psychischen Störung, auf welchen im Folgenden näher eingegangen sei.

bb) Den Begriff der psychischen Störung hat der Gesetzgeber aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG übernommen; ihm soll in Art. 316f Abs. 2 S. 2 EGStGB dieselbe Bedeutung zukommen.¹²⁹ Diese Feststellung hilft für sich genommen aber kaum weiter, da auch im Zusammenhang mit dem ThUG „[n]iemand so recht [weiß], was eine [solche] Störung ist“¹³⁰. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers handelt es sich bei der psychischen Störung um

einen Defektzustand unterhalb der Schwelle zur (teilweisen) Dekulpation nach § 21 StGB.¹³¹ Mithin gibt es nach der Vorstellung des Gesetzgebers nunmehr fünf Täterkategorien: (1) Schuldunfähige, (2) vermindert Schuldfähige, (3) Schuldfähige, aber zugleich psychisch Gestörte, (4) „bloße“ Hangtäter und (5) „gewöhnliche“ Straftäter. Die intendierte Neuschaffung der Kategorie (3) ist zunächst insofern nachvollziehbar, weil im Falle des Vorliegens einer die Zurechnungsfähigkeit berührenden Störung als Präventionsinstrumente die Unterbringung nach § 63 StGB bzw. landesrechtlichen Gesetzen zur Unterbringung psychisch Kranker (z.B. gem. Art. 1 Abs. 1 S. 1 BayUnterbrG) einschlägig wären, der Gesetzgeber jedoch gerade Personen im Blick hat, bei denen diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Als potentiell erfasste Personengruppe verweist die Gesetzesbegründung auf die Diagnoseklassifikationssysteme ICD-10 und DSM-IV und nennt bspw. Menschen mit dissozialen Persönlichkeitsstörungen oder Störungen der Sexualpräferenz (z.B. Pädophilie).¹³² Ob der Begriff „psychische Störung“ aber überhaupt im Sinne der Täterkategorie (3) analytisch rekonstruiert werden kann – d.h. denklogisch möglich ist –, ist umstritten.

Teilweise wird dies verneint.¹³³ Insbes. seitens der Psychiatrie wird die Auffassung vertreten, eine psychische Störung gehe stets und notwendig mit einer zumindest verminderten Schuldfähigkeit einher. Dabei wird argumentiert, in der psychiatrischen Wissenschaft werde der Begriff der „psychischen Störung“ nun einmal so verstanden, dass es über die in den genannten Klassifikationssystemen aufgeführten Diagnosen hinaus einer zusätzlichen Krankheitswertigkeit, also einer Autonomiebeeinträchtigung sowie eines vom Betroffenen gefühlten Leidensdrucks, bedarf¹³⁴ (sodass etwa ein lebensfroher Psychopath mit klarem Verstand nicht als gestört gilt¹³⁵); eine isolierte Heranziehung der Diagnosemanuale ICD-10 oder DSM-IV stehe darum Juristen nicht zu und komme einem Missbrauch psychiatrischer Diagnosen gleich.¹³⁶ Im Übrigen würde ein solchermaßen amputierter Störungsbegriff zu dem befremdlichen Ergebnis führen, dass etwa 10-20% der Bevölkerung und über 70% der Strafgefangenen als in diesem Sinne gestört zu gelten hätten; das Ziel, allein besonders gefährliche Täter zu erfassen, werde mithin dramatisch verfehlt.¹³⁷

Beide Argumente sind jedoch nicht stichhaltig. Letztgenannter Einwand ist schon insofern unrichtig, als dass eine nachträgliche Sicherungsverwahrungsanordnung *kumulativ* das Vorliegen einer Störung und eine spezifische Gefährlichkeitsprognose erfordert; das eine Merk-

¹²⁶ Siehe etwa OLG Koblenz NStZ 2005, 97. Ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen *Rissing-van Saan/Peglau* (Fn. 20), § 66b Rn. 65-156.

¹²⁷ Dazu *Anders* JZ 2012, 498, 501 f.

¹²⁸ BVerfG StV 2012, 25, 27 Tz. 39 = HRRS 2011 Nr. 1132; OLG Karlsruhe StV 2012, 228, 229.

¹²⁹ BT-Drs. 17/9874, S. 31.

¹³⁰ *Bock* HRRS 2010, 533, 534. Ähnlich *Höffler/Kaspar* ZStW 124 (2012), 87, 103 („völlig unklar“).

¹³¹ BT-Drs. 17/9874, S. 31.

¹³² BT-Drs. 17/9874, S. 31 i.V.m. BT-Drs. 17/3403, S. 54.

¹³³ *Nußstein* NJW 2011, 1194, 1196. Zweifelnd auch *Morgens* ZIS 2011, 974, 978.

¹³⁴ *J. Müller* NK 2012, 54, 55 u. 57. Der Hinweis von *Dessecker* ZIS 2011, 706, 712 auf den Wortlaut von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG („an einer psychischen Störung leidet“ – gegen dieses Argument *Nußstein* StV 2011, 633, 634) verfängt hier schon deshalb nicht, weil Art. 316f Abs. 2 S. 2 EGStGB nur noch auf das „Vorliegen“ einer Störung abstellt.

¹³⁵ So i.E. OLG Hamm StV 2011, 681, 686.

¹³⁶ *J. Müller* NK 2012, 54, 56 f.; *Satzger* StV 2013, 243, 248.

¹³⁷ *J. Müller* NK 2012, 54, 57. Aufgegriffen z.B. von BayLT-Drs. 16/13868, S. 1 (Entschließungsantrag Freie Wähler).

mal muss also unabhängig vom anderen bestimmt werden.¹³⁸ Im Übrigen käme ja auch niemand auf die Idee, aus neuen empirischen Befunden über die weite Verbreitung schwerer seelischer Abartigkeiten Rückschlüsse auf die Anwendungsvoraussetzungen des § 20 StGB in dem Sinne ableiten zu wollen, dass fortan als zurechnungsfähig zu gelten habe, wer zuvor noch als schuldunfähig galt. Was das erstgenannte Argument anbetrifft, überschätzt diese Ansicht die Bedeutung psychiatrischer Lehrmeinungen für die Auslegung von Rechtsbegriffen. Dass die eine Wissenschaftsdisziplin einen Begriff in einem speziellen Sinne verwendet, muss eine andere Disziplin nicht binden. D.h. der Begriff der psychischen Störung in Art. 316f Abs. 2 S. 2 EGStGB und § 1 Abs. 1 ThUG braucht nicht im psychiatrischen Sinne verstanden, sondern kann auch autonom ausgelegt werden. Ob eine solchermaßen autonome Interpretation i.S.d. Vorstellung des Gesetzgebers möglich ist, muss dabei interdisziplinär entschieden werden; gefragt sind, neben Rechtswissenschaft und Psychiatrie, auch die Kriminologie¹³⁹ und die Rechtsphilosophie.¹⁴⁰

Richtigerweise ist die aufgeworfene Frage zu bejahen.¹⁴¹ Die psychische Störung kann sinnvollerweise als Zwischenkategorie zwischen verminderter Schuldfähigkeit und einem bloßen Hang zu Straftaten konstruiert werden. Die Schuldunfähigkeit gem. § 20 StGB hat zwei vom Täter zu erfüllende Voraussetzungen: Als biologischen Befund eine Abweichung vom körperlich-seelischen Normalzustand, und als psychologische Komponente eine darauf beruhende Einsichts- oder Steuerungsunfähigkeit.¹⁴² Während die erste Voraussetzung mess- und feststellbar ist, ist die zweite Voraussetzung normativ geprägt (und demnach, insbesondere vor dem Hintergrund des Willensfreiheitsproblems,¹⁴³ mit Unsicherheiten belastet). Versteht man das psychologische Element des § 20 StGB kontraktualistisch,¹⁴⁴ kommt es darauf an, ob es einem Durchschnittsbürger, der sich qua gedankenexperimentellem Rollentausch in den Körper des betroffenen Delinquenten hineinversetzt, plausibel erscheint, unter diesen biologischen Voraussetzungen nicht mehr klar urteilen oder autonom handeln zu können.¹⁴⁵

Diese Voraussetzung ist bspw. beim Vorliegen eines Vollrauchs oder eines Hirntumors, welcher einen zwanghaften Drang zu pädophilem Verhalten auslöst,¹⁴⁶ unproblematisch erfüllt.

Demgegenüber sind aber ohne weiteres auch Fälle denkbar, in denen zwar ebenfalls eine messbare Anomalie – eine gedankenexperimentell erfahrbare „Störung“ – zu finden ist, der Betreffende aufgrund einer nur geringen Beeinträchtigung sich aber so weit unten auf der „offenen ‚Schwere‘-Skala psychischer Störungen“¹⁴⁷ befindet, dass er gleichwohl als normativ ansprechbar gilt.¹⁴⁸ Dieser Befund wird vom Wortlaut des § 20 StGB vorausgesetzt (schwere seelische Abartigkeit),¹⁴⁹ ist in Rspr. und Schrifttum anerkannt¹⁵⁰ und im Übrigen rechtsphilosophisch plausibel: Begeht ein zu jeglicher Empathie unfähiger, aber intelligenter dissozial-Persönlichkeitsgestörter in Kenntnis der ethisch-moralischen Verhaltensanforderungen Straftaten zur Befriedigung „normaler“ egoistischer Interessen,¹⁵¹ so kann dessen Empfindungsunfähigkeit zwanglos als messbarer, sich nicht in einer bloßen Charaktereigenschaft erschöpfender Defekt charakterisiert werden (Empathiefähigkeit hat man [oder hat man nicht] – ob man, will, oder nicht).¹⁵² Trotz dieser „moralischen Sehbehinderung“¹⁵³ braucht aber von einer Schuldunfähigkeit oder -minderung nicht die Rede zu sein. Empathie und Altruismus sind keine Voraussetzungen für das Gelingen von Normbefolgung.¹⁵⁴ Tatsächlich besteht der Witz kontraktualistischer Normbegründungsmodelle gerade darin, allein am Eigeninteresse „radikaler Egois-

kommt es dabei nicht an, vgl. Zimmermann (Fn. 62), S. 82 Fn. 270.

¹⁴⁶ Hierzu R. Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld (2008), S. 105 f.; G. Merkel, in: Festschrift für Herzberg (2008), S. 3, 18 f.

¹⁴⁷ Fischer (Fn. 12), § 21 Rn. 2.

¹⁴⁸ Drenkhahn/Morgenstern ZStW 124 (2012), 132, 200.

¹⁴⁹ Vgl. Höffler/Stadtland StV 2012, 239, 240 („Intensitäts-Element“).

¹⁵⁰ Exemplarisch BGH NSTz-RR 2008, 70, 71 = HRRS 2008 Nr. 47 („[D]ie Diagnose ‚dissoziale Persönlichkeitsstörung‘ lässt für sich genommen eine Aussage über die Frage der Schuldfähigkeit eines Täters nicht zu. [...] Eine solche Störung kann immer auch als [...] Spielart menschlichen Wesens einzuordnen sein, die sich noch innerhalb der Bandbreite des Verhaltens voll schuldfähiger Menschen bewegt.“); Fischer (Fn. 12), § 20 Rn. 42 („die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung sagt nichts darüber aus, ob sie iS von §§ 20, 21 ‚schwer‘ ist“).

¹⁵¹ Fallbeispiel bei OLG Hamm StV 2011, 681, 682 ff. Zur Symptomatik Schröder/Starke DRiZ 2011, 254, 256 Fn. 24. Zu den neurobiologischen Hintergründen von Psychopathie G. Merkel/Roth HFR 2010, 250, 266 ff.

¹⁵² Zumindest missverständlich ist deshalb die Auffassung von Mosbacher HRRS 2011, 229, 235, ein Auftragsmord oder Bankraub sei aufgrund seiner „rationale[n]“ Grundlage“ nicht geeignet, eine psychische Störung zu indizieren. Denn ob ein Empathieunfähiger zur Befriedigung seiner Lust oder seiner Geldgier handelt, macht insoweit keinen Unterschied.

¹⁵³ So LG Bielefeld 3 KLS 66 Js 441/06 – 76/06 – AK 34/06, Urteil v. 12. März 2007, UA 51 (zitiert nach BGH NSTz-RR 2008, 70, 71).

¹⁵⁴ A.A. G. Merkel/Roth HFR 2010, 250, 268 ff.; G. Merkel Betrifft Justiz 2011, 202, 207. Tendenziell ähnlich Höffler/Stadtland StV 2012, 239, 242.

¹³⁸ Anders aber Schöch NK 2012, 47, 52, der den Begriff der psychischen Störung von vornherein auf gefährliche Störungen begrenzen will.

¹³⁹ Darauf weist hin Bock HRRS 2012, 533 ff.

¹⁴⁰ A.A. Morgenstern ZIS 2011, 974, 980 („muss [nur] zwischen Juristen und Psychiatern geklärt werden“).

¹⁴¹ So i.E. auch BVerfG StV 2012, 25, 26 f. Tz. 35-40 (obiter dictum); BGHSt 56, 254, 261 Tz. 24 = HRRS 2011 Nr. 977; BGHSt 56, 248, 251 Tz. 7 (obiter dictum) = HRRS 2011 Nr. 637; Schöch NK 2012, 47, 50 u. 52; ders. (Fn. 37), S. 121; ders. JR 2012 173, 175 f.; Klein, in: Beck'scher Online-Kommentar, StPO, Ed. 15 (Stand 10/2012), § 1 ThUG Rn. 27 f.; Schröder/Starke DRiZ 2011, 254, 256 f.

¹⁴² Kindhäuser, Lehr- und Praxiskommentar StGB, 5. Aufl. (2013), § 20 Rn. 1.

¹⁴³ Dazu zuletzt Lindemann, in Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 2. Aufl. (2013), § 13; Weißer GA 2013 26 ff.; Jäger GA 2013, 3 ff.; Herzberg ZStW 124 (2012), 12 ff.; Hirsch ZIS 2010, 62 ff.

¹⁴⁴ Vgl. etwa Hoerster, Muss Strafe sein? (2012), S. 103 ff.

¹⁴⁵ Zum Rollentausch-Gedankenexperiment Zimmermann, in: Ast/Hänni/Mathis/Zabel (Hrsg.), Gleichheit und Universalität. ARSP-Beiheft 128 (2012), S. 195 ff. Auf die Frage des Andershandelns (i.S.v. echter Willensfreiheit)

ten“ anzusetzen¹⁵⁵ und auf diese Weise gar, so die berühmte Sentenz von *Kant*, ein „Volk von Teufeln (wenn sie nur Verstand haben)“¹⁵⁶ zur Regelbefolgung anleiten zu können. In gleicher Weise lässt sich sagen, dass auch ein Pädophiler mit seinen Neigungen zwar zu kämpfen hat, diese aber im Einzelfall wirksam zu unterdrücken im Stande sein kann.¹⁵⁷ Kurz: Psychopathen und Pädophile können problemlos als „psychisch gestört, aber nicht krank“ bezeichnet werden.¹⁵⁸ Ferner ist auch ein Unterschied zum nicht-gestörten Hangtäter erkennbar;¹⁵⁹ denn dessen Hang braucht nicht auf einer messbaren Störung, sondern kann auf anderen dispositionellen Gründen beruhen. Nach alledem ist jedenfalls eine analytische Rekonstruktion des Merkmals der psychischen Störung entsprechend der gesetzgeberischen Vorstellung möglich (ob sie darüber hinaus rechtspolitisch geboten ist, braucht hier nicht beurteilt zu werden¹⁶⁰).

cc) Eine ganz andere Frage geht dahin, ob Art. 316f Abs. 2 EGStGB verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Dies ist zu bejahen. Unbegründet ist der Einwand *Ullenbruchs*, dem Begriff der psychischen Störung mangle es an Bestimmtheit i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG.¹⁶¹ Das Merkmal ist sinnvoll interpretierbar (dazu oben) und wird vom BVerfG auch ausdrücklich im Sinne dieser Interpretation verstanden.¹⁶² Der generellen Vertrauensschutzproblematik der nachträglichen Sicherungsverwahrung wird die Norm gerecht, indem sie zusätzlich das vom BVerfG vorgegebene Kriterium der hochgradigen Gefährlichkeit enthält.

dd) Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach der Konventionskonformität. Eine Rechtfertigung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK scheidet aus, da die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung in einer anlasstatunabhängigen Entscheidung erfolgt; mithin mangelt es an einer Verurteilung im Sinne von lit. a. Grundlage kann deshalb allein lit. e sein. Fraglich ist allerdings, ob der Begriff der psychischen Störung vom Rechtfertigungsgrund der Freiheitsentziehung „bei [einem] psychisch Kranken“ gedeckt ist. Dieser Punkt wird äußerst

kontrovers beurteilt.¹⁶³ Teilweise wird argumentiert, eine psychische Krankheit i.S.v. lit. e erfordere mindestens einen Zustand verminderter Schuldfähigkeit i.S.d. § 21 StGB¹⁶⁴ – womit das soeben skizzierte Konzept der psychischen Störung unter konventionsrechtlichen Gesichtspunkten hinfällig wäre. Eine gewisse Stütze findet diese Auffassung zum einen darin, dass der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK („krank“) näher an § 20 StGB als an Art. 316f Abs. 2 S. 2 EGStGB zu liegen scheint, zum anderen in dem Umstand, dass die bisherige EGMR-Rspr. eine Aussage des Inhalts, „psychisch krank“ könne auch sein, wer voll schuldfähig ist, nicht enthält.¹⁶⁵ Indes ist die Rspr. des EGMR in diesem Punkt insoweit uneindeutig, als ihr eine gegenteilige Aussage ebenfalls nicht entnommen werden kann;¹⁶⁶ die Frage ist folglich offen.¹⁶⁷ Für die Konventionskonformität des Störungs-Konzepts spricht immerhin ein Vergleich mit der letztgenannten Variante des lit. e: Wenn sogar die ohne Verurteilung erfolgende Freiheitsentziehung von „Landstreichern“ gerechtfertigt sein kann,¹⁶⁸ erscheint es wenig plausibel, die präventive Verwahrung psychisch gestörter Gewalttäter per se für Unrecht zu erklären.¹⁶⁹

4. Parallelfälle und Rückwirkungsproblematik

Besondere Schärfe erhält das Instrument der Sicherungsverwahrung in jenen Altfällen, bei denen der Freiheitsentzug auf der Basis eines im Zeitpunkt der Anlasstat noch nicht bestehenden Gesetzes erfolgt. Die damit verbundene Rückwirkungsproblematik betrifft alle der bisher erörterten Formen der Sicherungsverwahrung: Die anfängliche (durch den rückwirkenden Wegfall der Zehn-Jahres-Höchstfrist), die vorbehaltenen (wenn die Anlasstat vor Inkrafttreten des SichVEG begangen worden ist) und die nachträgliche (bei Anwendung auf vor dem Inkrafttreten des SichVNachtragEG Verurteilte). Diese Fallgruppen werden mit Blick auf die Entscheidungen des EGMR zum Rückwirkungsverbot gem. Art. 7 Abs. 1 EMRK bei strafähnlicher Sicherungsverwahrung als „Pa-

¹⁵⁵ Zsf. *R. Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts* (1995), S. 171, 183 ff. Zur bloßen Ergänzungsfunktion genuin altruistischer Interessen in diesem Begründungsmodell *Zimmermann* (Fn. 62), S. 81.

¹⁵⁶ *Kant*, *Zum Ewigen Frieden*. Ein philosophischer Entwurf (1796|1795), B 61|A 60. Dazu *Engländer*, *Diskurs als Rechtsquelle?* (2002), S. 174 f.

¹⁵⁷ Eindrückliche Schilderung aus Betroffenenensicht bei *Faller* *Zeit-Magazin* Nr. 44/2012.

¹⁵⁸ So ausdrücklich *Fischer* (Fn. 12), § 20 Rn. 42 i.V.m. Rn. 41.

¹⁵⁹ A.A. *Morgenstern* ZIS 2011, 974, 981; *Streng* JZ 2011, 827, 832; *G. Merkel* *Betrifft* Justiz 2011, 202, 205 f.

¹⁶⁰ Mit Recht betont *Schöch* JR 2012, 173, 174, dass die verbreitete Kritik am Begriff der psychischen Störung – vgl. nur *Kreuzer/Bartsch* StV 2011, 472, 473 („Etikettenschwindel“); *Zabel* JR 2011, 467, 471 („Psychiatisierung“); *Kinzig* *StraFo* 2011, 429, 434 („Umdefinierung“) – im Kern rechtspolitischer Natur ist.

¹⁶¹ *Ullenbruch* StV 2012, 44, 49. Zweifelnd auch *Nußstein* NJW 2011, 1194; *Morgenstern* ZIS 2011, 974, 978 mit Fn. 37; *Krehl* StV 2012, 27, 29; *Anders* JZ 2012, 498, 503.

¹⁶² BVerfG StV 2012, 25, 26 Tz. 36.

¹⁶³ Für Konventionskonformität BVerfG StV 2012, 25, 26 Tz. 35 ff. (obiter dictum); BGHSt 56, 254, 262 Tz. 26; *Schöch* NK 2012, 47, 50; dagegen *Kreuzer* ZRP 2011, 7, 10; *ders./Bartsch* StV 2011, 472, 473; *Streng* JZ 2011, 827, 832; *Renzikowski* ZIS 2011, 531, 538. Zweifelnd *Anders* JZ 2012, 498, 503 f.

¹⁶⁴ *Ullenbruch* StV 2012, 44, 47; *Satzger* StV 2013, 243, 249 Fn. 77. Ähnlich *Höffler/Stadtland* StV 2012, 239, 242 f., wonach der Störungsbegriff EMRK-konform dahingehend auszulegen sei, dass jedenfalls eine „erhebliche“ psychische Störung mit Krankheitswert i.S.d. biologischen Komponente der §§ 20, 21 StGB vorliegen muss. *Schöch* JR 2012, 173, 176 empfiehlt, zur konventionsrechtlichen Absicherung de lege ferenda eine „schwere psychische Störung“ vorauszusetzen.

¹⁶⁵ *Renzikowski* ZIS 2011, 531, 537 f.; *Krehl* StV 2012, 27, 30; *Eschelbach* (Fn. 36), § 66b Anh. ThUG Rn. 5.

¹⁶⁶ *Morgenstern* ZIS 2011, 974, 978 ff.

¹⁶⁷ *Esser* (Fn. 100), Art. 5 EMRK/Art. 9, 10, 11 IPBPR Rn. 153 Fn. 432.

¹⁶⁸ Dazu *Esser* (Fn. 100), Art. 5 EMRK/Art. 9, 10, 11 IPBPR Rn. 158.

¹⁶⁹ Ähnliches Argument bei *Hörnle* NStZ 2011, 488, 490.

rallelfälle“ bezeichnet.¹⁷⁰ Die rechtliche Situation hinsichtlich der Parallelfälle ist uneinheitlich.

a) Therapieunterbringungsgesetz (ThUG)

aa) Eine spezielle Altfallregelung gilt zunächst für jene (wenigen) Parallelfälle, in denen die unsichere Rechtslage nach der am 10. Mai 2010 bestandskräftig gewordenen Entscheidung des EGMR dazu geführt hat, dass eine Person auf Grund einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung aus der Sicherungsverwahrung entlassen worden ist (§ 1 Abs. 2 ThUG), entlassen werden sollte (§ 1 Abs. 1 ThUG) oder trotz erstinstanzlicher Anordnung (gem. § 275a Abs. 6 StPO) die Verwahrung gar nicht erst vollzogen worden ist (Art. 316e Abs. 4 EGStGB¹⁷¹). Materielle Anordnungsvoraussetzungen einer Therapieunterbringung sind u.a. das Vorliegen einer psychischen Störung sowie die Gefahrprognose, dass die Person infolge der Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit Leib, Leben, persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung eines anderen erheblich beeinträchtigt wird (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG). Zuständig für eine Unterbringungsanordnung sind die Zivilkammern der Landgerichte (§ 4 Abs. 1 S. 1 ThUG); diese entscheiden gem. § 3 ThUG nach den Verfahrensvorschriften des FamFG.

bb) Gegen die Verfassungsmäßigkeit des ThUG bestehen erhebliche Bedenken.¹⁷² Unproblematisch ist dabei zunächst die Verwendung des Merkmals der psychischen Störung (dazu oben). Auch unter dem Gesichtspunkt des Abstandsgebots ist die Unterbringung nach ThUG nicht zu beanstanden. Denn wie sich aus § 2 Abs. 1 und insbes. Abs. 2 ThUG ergibt, müssen die für die Therapieunterbringung geeigneten Einrichtungen mindestens denselben Anforderungen genügen wie eine für den Sicherungsverwahrungsvollzug geeignete Unterbringung. In der Praxis wird es daher künftig mutmaßlich so aussehen, dass Therapieuntergebrachte und Sicherungsverwahrte gemeinsam untergebracht werden.

Verfassungsrechtliche Schwierigkeiten bereitet allerdings die gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG erforderliche Gefahrprognose, nach welcher lediglich die „hohe Wahrscheinlichkeit“ einer „erheblichen Beeinträchtigung“ hochrangiger Rechtsgüter vorzuliegen braucht. Damit liegt die Anordnungsschwelle des ThUG nach herkömmlicher Lesart etwas unterhalb derjenigen, welche das BVerfG als Voraussetzung einer zulässigen rückwirkenden Sicherungsverwahrung aufgestellt hat („hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten“¹⁷³).¹⁷⁴ Mithin

sind Fälle denkbar, in welchen zwar eine rückwirkende Anordnung (oder Fortdauer) der Sicherungsverwahrung gem. Art. 316f Abs. 2 S. 2 EGStGB mangels hochgradiger Gefahr nicht möglich ist, der psychisch gestörte Verurteilte sich anschließend jedoch aufgrund einer Unterbringungsanordnung nach ThUG in genau derselben Verwahreinrichtung wiederfindet, in der er nach Sicherungsverwahrungsrecht nicht untergebracht werden darf.¹⁷⁵ Dieser Widerspruch kann keinen Bestand haben.¹⁷⁶

Zwei Auswege sind denkbar: Entweder man erklärt das ThUG insoweit für verfassungswidrig, oder aber man begnügt sich mit einer verfassungskonform-restriktiven Auslegung.¹⁷⁷ Die letztgenannte Möglichkeit ist überzeugender. Zum einen ist das ThUG älter als die fragliche BVerfG-Entscheidung (und mithin kann dem Gesetzgeber ein bewusstes Abweichen von dessen Vorgaben nicht unterstellt werden), zum anderen bewegt es sich durchaus noch im Rahmen des sprachlich vertretbaren, die hohe Wahrscheinlichkeit einer erheblichen Beeinträchtigung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, persönlicher Freiheit oder sexueller Selbstbestimmung mit einer hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten gleichzusetzen.¹⁷⁸

Schwerste Bedenken hinsichtlich der Grundgesetzkonformität des ThUG sind jedoch unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungskompetenz zu konstatieren. Der Bundesgesetzgeber hat sich auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG („Strafrecht“) berufen.¹⁷⁹ Die Inanspruchnahme dieses Kompetenztitels ist insofern problematisch, als es sich bei der Präventivverwahrung (ehemaliger) Straftäter der Sache nach um eine Maßnahme des materiellen Polizeirechts handelt¹⁸⁰ – und die Materie insofern eigentlich in die Zuständigkeit der Länder fällt. Dennoch hat das BVerfG hinsichtlich der Regeln über die Sicherungsverwahrung einen so engen Zusammenhang mit der Regelungsmaterie des Strafrechts ausgemacht, dass von einer Annexkompetenz des Bundesgesetzgebers auszugehen sei.¹⁸¹ Ausschlaggebend sei dabei vor allem der enge Zusammenhang zwischen der (präventiven) Unterbrin-

Auslegung des Begriffs der hochgradigen Gefahr *Mosbacher HRRS* 2011, 229, 233 f.; *Schöch GA* 2012, 14, 29 ff.

¹⁷⁴ OLG Nürnberg StV 2011, 686; *Anders JZ* 2012, 498, 501; *Schöch NK* 2012, 47, 51.

¹⁷⁵ Vgl. *Nußstein StV* 2011, 633, 634.

¹⁷⁶ *Kinzig StraFo* 2011, 429, 437 („widersinnig“); *Schöch GA* 2012, 14, 22. Anders, aber ohne stichhaltige Begründung, OLG Nürnberg StV 2011, 686; *Klein (Fn. 141)*, § 1 ThUG Rn. 6a, 30a. Nicht weiter hilft die Überlegung von *Hörmle NSTz* 2011, 488, 491, wonach die geringeren Anforderungen an die Gefahrprognose nach § 1 ThUG gegenüber derjenigen für eine rückwirkende Sicherungsverwahrung aufgrund der besseren Unterbringungsbedingungen für Therapieuntergebrachte gerechtfertigt seien. Denn jedenfalls besteht ein solcher Unterschied von Gesetzes wegen nicht (mehr) – § 2 Abs. 2 ThUG n.F.

¹⁷⁷ So *Nußstein StV* 2011, 633, 634.

¹⁷⁸ *Nußstein StV* 2011, 633, 634 f.

¹⁷⁹ BT-Drs. 17/3403, S. 19 f.

¹⁸⁰ *Grosse-Brömer/Klein ZRP* 2010, 172; *Klein (Fn. 141)*, § 1 ThUG Rn. 3; *Rosenau*, in: *Festschrift für Venzlaff* (2006), S. 286.

¹⁸¹ BVerfGE 109, 190, 215 Tz. 95. A.A. zuvor *Peglau ZRP* 2000, 147, 148 f.

¹⁷⁰ Vgl. BT-Drs. 17/3403, S. 19.

¹⁷¹ Die am 28. Dezember 2012 in Kraft getretene Norm (BGBl. I, S. 2756) war erforderlich geworden, nachdem BGH NJW 2012, 3181 die unter den OLGern zuvor umstrittene Frage der Anwendbarkeit des ThUG in diesen Fällen – siehe etwa OLG Saarbrücken StV 2012, 31, 33 f. versus OLG Nürnberg StV 2012, 233 – verneint hatte. Abl. zur Neuregelung *Uhlenbruch StV* 2013, 268 ff.

¹⁷² BVerfGE 128, 326, 407 Tz. 173 hat die Verfassungsmäßigkeit des ThUG ausdrücklich offen gelassen (ebenso BGH NJW 2012, 3181, 3182 Tz. 7); krit. dazu *Kreuzer/Bartsch StV* 2011, 472, 474. Jedoch ist derzeit eine entsprechende Verfassungsbeschwerde anhängig (2 BvR 2302/11).

¹⁷³ BVerfGE 128, 326, 399 Tz. 156. (in Anlehnung an BGHSt 56, 73, 87 Tz. 42 = HRRS 2010 Nr. 1043). Zur

gungsanordnung und der (repressiven) Ahndung der Anlasstat. Letztere bilde nicht bloß den äußeren Anlass für die Unterbringung, sondern bilde darüber hinaus kraft ihrer Indizwirkung die inhaltliche Basis der Gefährlichkeitsprognose¹⁸² – bspw. spreche § 66 StGB Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB ausdrücklich von einer „Gesamtwürdigung des Täter und seiner Taten“. Entsprechend verneinte das Gericht die Länderzuständigkeit zur Regelung der Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern mit dem Argument, die erforderliche Prognose stelle entscheidend auf das Kriterium des „Rückfalls“ – und mithin auf die Würdigung einer Anlasstat – ab;¹⁸³ zudem war nach den für verfassungswidrig erklärten Ländergesetzen jeweils eine Strafvollstreckungskammer zuständig.

Misst man das ThUG anhand dieser Maßstäbe, bleibt von den die bundesrechtliche Annexkompetenz begründenden Faktoren nicht mehr viel übrig. So ist nicht nur die Anknüpfung an das Strafrecht nur noch rudimentär ausgeprägt (es genügt eine Verurteilung wegen einer der in § 66 Abs. 3 StGB genannten Straftaten),¹⁸⁴ auch die erforderliche Gefahrprognose kreist vornehmlich um das Merkmal der psychischen Störung, statt an eine Vortatwürdigung oder eine Rückfallprognose anzuknüpfen¹⁸⁵ (denkbar ist sogar, dass die psychische Störung, auf welcher die Gefährlichkeit „im Sinne einer Kausalität“ beruhen muss¹⁸⁶, erst nach der Anlasstat entstanden ist¹⁸⁷). Nimmt man die dezidiert zivilrechtliche Ausgestaltung des ThUG hinzu, so verfehlt das Gesetz sämtliche der vom BVerfG aufgestellten Kriterien zur Begründung eines ausreichenden Sachzusammenhangs zwischen Präventivunterbringung und Strafrecht. Folglich ist das ThUG aus kompetenzrechtlichen Gründen verfassungswidrig.¹⁸⁸

cc) Nicht zu beanstanden ist das ThUG hingegen unter konventionsrechtlichen Aspekten. Geht man – wie hier – einmal davon aus, dass das Merkmal der psychischen Störung den Anforderungen an die Entziehung der Freiheit eines psychisch Kranken i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK genügt, bleibt als letzte Hürde das Rückwirkungsverbot gem. Art. 7 Abs. 1 EMRK. Da die Therapieunterbringung jedoch das Abstandsgebot wahrt, entfällt die zur Anwendung von Art. 7 Abs. 1 EMRK notwendige Strafähnlichkeit.¹⁸⁹

¹⁸² BVerfGE 109, 190, 216 Tz. 98.

¹⁸³ BVerfGE 109, 190, 221 Tz. 116 u. S. 225 Tz. 127

¹⁸⁴ Nußstein NJW 2011, 1194.

¹⁸⁵ A.A. Eschelbach (Fn. 36), § 66b Anh. ThUG Rn. 1, wonach das ThUG primär auf eine „Rückfallgefahr“ abstelle.

¹⁸⁶ BT-Drs. 17/3403, S. 86.

¹⁸⁷ Anders JZ 2012, 498, 502; Klein (Fn. 141), § 1 ThUG Rn. 27a. A.A. wohl Kreuzer/Bartsch StV 2011, 472, 475 (zur Übergangsregelung des BVerfG bzgl. Altfälle).

¹⁸⁸ So i.E. auch G. Merkel/Roth HFR 2010, 250, 272 Fn. 85; Ullenbruch StV 2012, 44, 48. A.A. Klein (Fn. 141), § 1 ThUG Rn. 11.1; Schröder/Starke DRiZ 2011, 254, 256; Eisenberg StV 2012, 235. Zweifeln OLG Saarbrücken StV 2012, 31 f.; Kinzig NJW 2011, 177, 181; Nußstein NJW 2011, 1194; Höffler/Kaspar ZStW 124 (2012), 87, 127; Anders JZ 2012, 498, 503.

¹⁸⁹ BT-Drs. 17/3403, S. 21; Bartsch Forum Strafvollzug 2011, 267, 274. A.A. Ullenbruch StV 2012, 44, 48.

b) Sonstige Altfälle mit Rückwirkungsproblematik

Für die nicht in den formellen Anwendungsbereich des ThUG fallenden Parallelfälle verbleibt es bei der rückwirkenden Anwendbarkeit des Sicherungsverwahrungsrechts. Da in Art. 316f Abs. 2 S. 2 (bzgl. der rückwirkenden Entfristung bzw. rückwirkend-nachträglichen Anordnung) und S. 3 (rückwirkender Vorbehalt) EGStGB als zusätzliche Anordnungsvoraussetzungen das Vorliegen einer psychischen Störung sowie einer hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten statuiert sind, bewegt sich die Norm im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Vorgaben zur Einhaltung des Vertrauensschutzgebots. Dies, in Verbindung mit der Einhaltung des Abstandsgebots, lässt die rückwirkende Sicherungsverwahrung in Altfällen sowohl unter verfassungs- als auch unter konventionsrechtlichen Gesichtspunkten unproblematisch erscheinen.

V. Fazit und Ausblick – Die Zukunft der Sicherungsverwahrung

Das neue Recht der Sicherungsverwahrung ist überwiegend gut gelungen. Die verfassungsgerichtlichen Vorgaben zum Abstandsgebot sind sowohl bundesgesetzlich (§ 66c StGB) als auch auf Landesebene umgesetzt. In konventionsrechtlicher Hinsicht bereitet lediglich die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 66b StGB) Schwierigkeiten. Größere Bedenken bestehen hinsichtlich des Umgangs mit Alt- und Parallelfällen. Ob das gesetzgeberische Konzept, mithilfe des Merkmals der psychischen Störung (Art. 316f Abs. 2 S. 2 EGStGB; § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG) eine Legitimation des Freiheitsentzugs nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK zu erreichen, aufgeht, ist offen. Darüber hinaus ist das für bestimmte Parallelfälle entwickelte Konzept der Therapieunterbringung aus kompetenzrechtlichen Gründen akut vom Verdikt der Verfassungswidrigkeit bedroht. Probleme mit dem Rückwirkungsverbot gem. Art. 7 EMRK stehen indes nicht zu erwarten.

Die vorgenannten Rechtsprobleme sollten ob der Endlichkeit des Altfallreservoirs in praktischer Hinsicht nicht überschätzt werden.¹⁹⁰ Interessanter ist die Frage, ob das Instrument der Sicherungsverwahrung infolge der rechtlichen Neuerungen mittelfristig zurückgedrängt werden wird. Dafür spricht neben den „unjuristischen“ Gründen der Ökonomie und Ressourcenschonung,¹⁹¹ dass mit der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§ 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB, § 463a Abs. 4 StPO)¹⁹² inzwischen ein

¹⁹⁰ Nach den Berechnungen von Schöch (Fn. 37), S. 119 können die Altfallregelungen allerdings theoretisch bis ins Jahr 2045 Anwendung finden.

¹⁹¹ Höffler/Kaspar ZStW 124 (2012), 87, 131 prognostizieren „mit enormen finanziellen Verpflichtungen einhergehende Anstrengungen“ bei der praktischen Umsetzung des Abstandsgebots.

¹⁹² Ausführlich dazu Brauneisen StV 2011, 311 ff.; Haverkamp/Schwedler/Wößner NK 2012, 62 ff.; Hochmayr ZIS 2012, 537 ff. Zur Alternative einer polizeirechtlichen Dauerobservation BVerfG NJW-Spezial 2013, 24 f.; VG Freiburg 4 K 1115/12, Urteil v. 14.02.2013; Greve/Lucius DÖV 2012, 97 ff.

Führungsaufsichtsinstrument zur Verfügung steht, das als deutlich milderes Mittel gegenüber dem eingriffsintensiven Freiheitsentzug dennoch eine Überwachung des Entlassenen ggf. „auf Schritt und Tritt“ ermöglicht¹⁹³ – und daher vielleicht, auch rechtspolitischen Zwängen zum Trotz, künftig eine echte „Freiheitsorientiertheit“ der Sicherungsverwahrung ermöglicht.¹⁹⁴ Allerdings erscheint zukünftig auch eine Renaissance der nunmehr nahezu abgeschafften nachträglichen Sicherungsverwahrung denkbar; neuerliche Begehrlichkeiten der Bundesländer sind im Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung des Abstandsgebots bereits deutlich zu Tage getreten.¹⁹⁵ Sollte das Konzept der psychischen Störung, wie hier vermutet, vor dem EGMR Bestand haben, stünde einer Wiedereinführung aus rechtlicher Perspektive wenig entgegen.¹⁹⁶

Eine gänzliche Abschaffung der Sicherungsverwahrung, wiewohl rechtlich zulässig, erscheint auch auf lange Sicht extrem unwahrscheinlich.¹⁹⁷ Zu erwarten steht vielmehr eine ganz andere Fundamentaldebatte. Nach der Binnenlogik des Präventionsgedankens ist der Zusammenhang zwischen schuldhaft begangener Anlasstat und vorbeugendem Freiheitsentzug keine Notwendigkeit.¹⁹⁸ Es ist nicht in Stein gemeißelt, dass Sicherungsverwahrung zwingend eine Anlasstat voraussetzt.¹⁹⁹ Zwar hat das

BVerfG in seiner Entscheidung zur Unterbringung gefährlicher Rückfalltäter nach Landesrecht ausgeführt, es sei „gerade und ausschließlich das schwerwiegende und dem Betroffenen zurechenbare Indiz der Anlasstat, welches den Staat berechtigt, die Gefährlichkeit seiner Bürger zu überprüfen und auf das Ergebnis dieser Überprüfung eine langfristige schuldunabhängige Freiheitsentziehung zu gründen“; eine Ausdehnung darüber hinaus sei bei psychisch Gesunden „unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit [...] nicht vertretbar.“²⁰⁰ Diese Behauptung ist aber an zwei Stellen brüchig. Was die indizielle Bedeutung der Anlasstat anbetrifft, hängt diese offenkundig von der Qualität sachverständiger Prognosen ab. Sollten daher z.B. die bildgebenden Verfahren der Neurowissenschaftler eines Tages auch ohne Vorliegen einer Anlasstat bessere Vorhersagen über delinquentes Verhalten abgeben können,²⁰¹ als es die – wenig präzisen²⁰² – Prognosen der psychiatrischen Wissenschaft heute unter Berücksichtigung einer Anlasstat tun, dann ist die argumentative Validität insoweit dahin. Zum anderen ging das BVerfG seinerzeit ersichtlich von der Differenzierung psychisch krank/schuldunfähig einerseits und psychisch gesund/ schuldig andererseits aus; nur bezüglich der letzteren Personengruppe bedürfte es zwingend einer Anlasstat. Inwieweit das verfassungsgerichtlich bereits gebilligte Konzept einer die Schuldfähigkeit unberührt lassenden psychischen Störung am zwingenden Erfordernis einer Anlasstat rüttelt, bleibt einstweilen offen.

¹⁹³ Hochmayr ZIS 2012, 537, 541.

¹⁹⁴ Vgl. Drenkhahn/Morgenstern ZStW 124 (2012), 132, 183; Kreuzer ZRP 2011, 7, 9; Streng JZ 2011, 827, 835. Skeptisch indes Grosse-Bröhmer/Klein ZRP 2010, 172, 174.

¹⁹⁵ Siehe BR-Stellungnahme, BT-Drs. 17/9874, S. 37 ff. (zur Einführung einer „nachträglichen Therapieunterbringung“). Dazu Anders JZ 2012, 498 ff.; Schöch NK 2012, 47, 53.

¹⁹⁶ Vgl. Anders JZ 2012, 498, 500.

¹⁹⁷ Vgl. Hörnle NStZ 2011, 488, 492; Streng JZ 2011, 827, 833.

¹⁹⁸ So bereits Henkel ZStW 57 (1938), 702, 722 (im Anschluss an Kleinschrod: „die Sicherungsmaßregel hat eine Verbrechensbegehung nicht notwendig zur Voraussetzung, da es bei ihr ausschließlich auf die künftige Gefährdung der Allgemeinheit ankommt.“). Ebenso ders. ZStW 58 (1939), 167, 168 („nicht wesensnotwendig“).

¹⁹⁹ Entsprechende Forderungen auf den Verzicht einer Anlasstat finden sich bereits bei Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 2. Aufl. (1822), S. 34 (§ 24) i.V.m. S. 264 (§ 133); v. Liszt MschrKrimPsych 1 (1904/05), 8, 9 (in

Bezug auf vermindert Schuldfähige). Vgl. auch Ullenbruch NStZ 2001, 292, 297 f.

²⁰⁰ BVerfGE 109, 190, 220 Tz. 111. Im Sondervotum wird die Anlasstat zudem als „verfassungsrechtlich unabdingbare Voraussetzung“ bzw. „Legitimationsgrundlage“ der Unterbringung bezeichnet (S. 254 Tz. 208). Ähnlich Rosenau, in: Festschrift für Venzlaff, S. 292. Zu diesem Gedanken bereits Exner ZStW 53 (1934), 629, 637 ff.

²⁰¹ Zur aktuellen Entwicklung siehe Simpson (Hrsg.), Neuroimaging in Forensic Psychiatry – From the Clinic to the Courtroom (2012); Sarkar/Clark/Deeley Advances in Psychiatric Treatment 17 (2011), 191 ff.; McCloskey/Phan/Coccaro Current Psychiatry Reports 7 (2005), 65 ff.; Blair British Journal of Psychiatry 182 (2003), 5 ff.

²⁰² Siehe oben Fn. 63.

Zur Reichweite der unionsrechtskonformen Auslegung im deutschen Straf- und Strafverfahrensrecht am Beispiel der „Spector Photo Group“ Entscheidung des EuGH

Zugleich Anmerkung zu EuGH C-45/08 (Spector) HRRS 2010 Nr. 2

Von Moritz Begemeier, Bucerius Law School, Hamburg

I. Einleitung

Das Schlagwort der Europäisierung steht heute in fast allen Rechtsgebieten im Zentrum des Interesses.¹ Auch das Strafrecht ist von dieser Entwicklung nicht ausgeblieben.² Da der Union im Bereich des Straf- und Strafverfahrensrechts bisher nur zögerlich Regelungskompetenzen übertragen werden,³ ist der Großteil des „europäisierten nationalen Strafrechts“⁴ auf die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung zurückzuführen.⁵ Dieses Gebot fordert, bei der Auslegung des nationalen Rechts auch das Unionsrecht zu berücksichtigen.⁶ Mit der zunehmenden europäischen Regelungsdichte wächst deshalb auch der Einfluss des Unionsrechts auf das Strafrecht. Das gilt besonders für das Wirtschaftsstrafrecht, da die wirtschaftlichen Ge- und Verbote, an die wirtschaftsstrafrechtliche Blanketttatbestände anknüpfen, ihrerseits häufig durch Unionsrecht beeinflusst werden.⁷

Auf Grund dieser Entwicklung ist die Auslegung des Strafrechts mehr und mehr durch ein Spannungsverhältnis gekennzeichnet.⁸ Sie muss einerseits die Vorgaben des Unionsrechts berücksichtigen und andererseits den Bestimmungen des Verfassungsrechts Rechnung tragen.

¹ Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts (2001), S. 8: „Der Begriff „Europäisierung“ bezeichnet die Erscheinung, dass Unionsrecht auf vielfältige Art und Weise Einfluss auf Inhalt, Auslegung und Anwendbarkeit des nationalen Rechts ausübt“.

² Pars pro toto Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. (2011), Vorwort.

³ Beukelmann NJW 2010, 2081, 2082.

⁴ Satzger a.a.O. (Fn. 2), § 2 Rn. 3.

⁵ Dannecker Jura 2006, 173, 175; Hecker, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. (2012), § 10 Rn. 1: „einer der bedeutsamsten Europäisierungsfaktoren“; Ambos, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. (2011), § 11 Rn. 46 ff.

⁶ Ausführlich dazu unter II. 1.

⁷ Tiedemann NJW 1993, 23, 24; Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht (2002), S. 341.

⁸ Gaede/Mühlbauer wistra 2005, 9; Dannecker Jura 2006, 173, 175 f.

Dass dies zu Wertungswidersprüchen führen kann, wurde jüngst am Beispiel der „Spector Photo Group“ Entscheidung des EuGH zum Insiderhandelsverbot deutlich.⁹ In dieser Entscheidung hat der EuGH den Begriff „Nutzung“ einer Insiderinformation i.S.v. Art. 2 Abs. 1 RL 2003/6/EG¹⁰ ausgelegt und sich dabei zu den Voraussetzungen einer Nutzung sowie zu deren Beweisbarkeit geäußert.¹¹ Da zahlreiche Anmerkungen die Entscheidung als unvereinbar mit grundlegenden Prinzipien des deutschen Straf- und Strafverfahrensrechts kritisieren,¹² ist die Frage, ob die Rechtsprechung des EuGH wegen der Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung für das deutsche Recht maßgeblich ist, von einiger Brisanz. Vor diesem Hintergrund befasst sich der Beitrag abstrakt mit der Reichweite der unionsrechtskonformen Auslegung im deutschen Strafrecht und untersucht anschließend die Auswirkungen der „Spector Photo Group“ Entscheidung auf die Auslegung des deutschen Straf- und Strafverfahrensrechts.

II. Die Pflicht zur unionsrechts-konformen Auslegung

1. Rechtsgrundlagen

Die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung wurzelt im Unionsrecht und im deutschen Verfassungsrecht.¹³ Der EuGH hat aus dem Umsetzungsgebot des

⁹ EuGH Slg. 2009, 12100 (Spector) = HRRS 2010 Nr. 2.

¹⁰ Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) (ABl.-EG, Nr. L 96/16).

¹¹ Ausführlich dazu unter III.

¹² Beispielsweise Gehrman ZBB 2010, 48, 49; St. Schulz ZIP 2010, 609, 611; Opitz BKR 2010, 71, 73; mit anderer Interpretation der Entscheidung und deshalb auch mit anderer Bewertung Ransiek wistra 2011, 1, 4.

¹³ Satzger a.a.O. (Fn. 2), § 9 Rn. 90; Hecker, Europäisches Strafrecht (Fn. 5), § 10 Rn. 6; Schröder a.a.O. (Fn. 7), S.

Art. 288 Abs. 3 S. 1 AEUV und dem in Art. 4 Abs. 3 EUV normierten Grundsatz der Unionstreue eine Pflicht der nationalen Gerichte abgeleitet, bei der Auslegung des nationalen Rechts auch das Unionsrecht zu berücksichtigen.¹⁴ Daneben gebietet auch das deutsche Recht eine unionsrechtskonforme Auslegung.¹⁵

Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG begründet eine solche Pflicht, soweit sie mit dem gesamten deutschen Verfassungsrecht vereinbar ist.¹⁶ Zudem ist der Richter gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an die geltenden methodischen Standards bei der Auslegung des Rechts gebunden.¹⁷ Diese führen ihrerseits zu einer Berücksichtigung des Unionsrechts.¹⁸ Dient beispielsweise eine Norm der Umsetzung einer Richtlinie, so bedürfen die historische sowie die teleologische Interpretation der Beachtung unionsrechtlicher Vorgaben. Denn es gilt die Vermutung, dass der Gesetzgeber die Richtlinie korrekt umsetzen wollte.¹⁹

Auf Grund ihrer unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Fundierung umfasst die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung das gesamte deutsche Recht.²⁰ Dieses ist im Einklang mit dem gesamten Unionsrecht auszulegen.²¹ Für eine prinzipielle Ausklammerung des Straf- und Strafverfahrensrechts ist kein Grund ersichtlich. Denn die Frage, ob bei der Auslegung verfassungsrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen sind, ist getrennt davon zu beantworten.²² Sie betrifft die Reichweite der Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung.

339; Schramm, Internationales Strafrecht (2011), S. 125 Rn. 84.

¹⁴ Grundlegend EuGH Slg. 1984, 1891, 1909 (von Colson und Kamann); 1894, 1921, 1942 (Harz).

¹⁵ Satzger a.a.O. (Fn. 2), § 9 Rn. 90; Hecker, Europäisches Strafrecht (Fn. 5), § 10 Rn. 6; Schramm, Internationales Strafrecht (Fn. 13), S. 125 Rn. 84; Schröder a.a.O. (Fn. 7), S. 339; W. H. Roth, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. (2010), § 14 Rn. 37.

¹⁶ W. H. Roth, in: Europäische Methodenlehre (Fn. 15), § 14 Rn. 37 f.

¹⁷ W. H. Roth, in: Europäische Methodenlehre (Fn. 15), § 14 Rn. 37 m.w.N.

¹⁸ Satzger, Europäisierung des Strafrechts (Fn. 1), S. 525; Schröder a.a.O. (Fn. 7), S. 338; Hecker, Europäisches Strafrecht (Fn. 5), § 10 Rn. 9.

¹⁹ Satzger, Europäisierung des Strafrechts (Fn. 1), S. 525; Jarass EuR 1991, 211, 217.

²⁰ Hecker, Europäisches Strafrecht (Fn. 5), § 10 Rn. 12; Jarass EuR 1991, 211, 220; Dannecker Jura 2006, 173, 175; zur Geltung im Strafrecht Schröder a.a.O. (Fn. 7), S. 341; Gaede, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar-StGB, 2010, § 1 Rn. 37; Dannecker, in: Laufhütte u. a. (Hrsg.), Bd. 1, §§ 1-31, LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 1 Rn. 342 ff. Abzugrenzen ist diese Pflicht von der Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung. Der EuGH hat in seiner „Pupino“ Entscheidung eine Pflicht postuliert, bei der Auslegung des nationalen Rechts die im Rahmen der dritten Säule erlassenen Rahmenbeschlüsse auch nach dem Vertrag von Lissabon zu beachten; EuGH Slg. 2005, 5258 (Pupino); siehe dazu Schramm, Internationales Strafrecht (Fn. 13), S. 129 Rn. 94; Safferling, Internationales Strafrecht (2011), § 11 Rn. 51.

²¹ Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Müko-StGB, Bd. 1, §§ 1-37, 2. Aufl. (2011), § 1 Rn. 86; Dannecker, in: LK-StGB (Fn. 20), § 1 Rn. 344; Jarass EuR 1991, 211, 220.

²² Schröder a.a.O. (Fn. 7), S. 341.

2. Reichweite

a) Auslegung des Unionsrechts als Vorrage

Zunächst setzt eine Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung voraus, dass das Unionsrecht im Rahmen seines Anwendungsbereichs eine Vorgabe für die Auslegung des nationalen Rechts macht. Ob dies der Fall ist, ist zunächst mit den für das Unionsrecht geltenden Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln.²³ Ergeben sich die Vorgaben für die Auslegung aus sekundärem Unionsrecht, muss dieses im Lichte des primären Unionsrechts interpretiert werden.²⁴ Verstößt ein Unionsrechtsakt gegen primäres Unionsrecht, bleibt er wirkungslos.²⁵ Ebenso wie deutsche Strafgesetze an den Grundrechten und rechtsstaatlichen Prinzipien zu messen sind, muss das sekundäre Unionsrecht seinerseits am primären Unionsrecht gemessen werden.²⁶ Vor diesem Hintergrund wird die unionsrechtskonforme Auslegung auch als „mehrphasiger Interpretationsakt“ bezeichnet.²⁷ Lässt sich dem Unionsrecht eine Vorgabe für die Auslegung entnehmen, ist das allein keineswegs gleichbedeutend mit einer Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung. Es muss vielmehr geprüft werden, ob ein Auslegungsspielraum im nationalen Recht besteht, der die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben ermöglicht.²⁸

b) Auslegungsspielraum im nationalen Recht

Bedenkt man den grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Unionsrechts, erscheint es kontraintuitiv, dass ein aus dem Unionsrecht abgeleitetes Auslegungsgebot vom Bestehen eines Auslegungsspielraums im nationalen Recht abhängt.²⁹ Betrachtet man jedoch den Unterschied der unionsrechtskonformen Auslegung zum Prinzip des

²³ W. H. Roth, in: Europäische Methodenlehre (Fn. 15), § 14 Rn. 34; zu den Methoden der Auslegung von Richtlinien Leenen JURA 2012, 753, 756.

²⁴ Gaede/Mühlbauer wistra 2005, 9, 16.

²⁵ Für eine Aufzählung des primären Unionsrechts, das typischerweise sekundäres Unionsrecht mit strafrechtlich relevantem Inhalt betrifft, siehe (II. 2. c.). Das Primärrecht beeinflusst das sekundäre Unionsrecht auf zwei Weisen. Erstens kann es für seine Unwirksamkeit sorgen. Zweitens kann es einer Ausstrahlung des sekundären Unionsrechts auf das nationale Strafrecht entgegenstehen. Letzteres kommt nur dann in Betracht, wenn das Sekundärrecht nicht bereits selbst an den primärrechtlichen Vorgaben für das Strafrecht zu messen ist. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn eine Richtlinie mit verwaltungsrechtlichen Vorgaben in den Mitgliedstaaten überschießend strafrechtlich umgesetzt wurde. Dann muss geprüft werden, ob die Auslegung nach den Vorgaben der Richtlinie dem im Rahmen der unionsrechtskonformen Auslegung ebenfalls beachtlichen Primärrecht entspricht.

²⁶ Schröder a.a.O. (Fn. 7), S. 444; Gaede/Mühlbauer wistra 2005, 9, 16.

²⁷ Hecker, Europäisches Strafrecht (Fn. 5), § 10 Rn. 22; Schröder a.a.O. (Fn. 7), S. 408 ff., 451 ff.

²⁸ Hecker, Europäisches Strafrecht (Fn. 5), § 10 Rn. 34; Satzger, Europäisierung des Strafrechts (Fn. 1), S. 533.

²⁹ Grundlegend EuGH Slg. 1984, 1891, 1909 f. (von Colson und Kamann); 1894, 1921, 1942 (Harz); mit einer ausführlichen Analyse der Urteile Satzger, Europäisierung des Strafrechts (Fn. 1), S. 528 ff.

Anwendungsvorrangs, so wird deutlich, warum diese Einschränkung zwingend ist.

aa) Verhältnis zum Anwendungsvorrang

Der Anwendungsvorrang ist ein Kollisionsprinzip, welches das Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht bestimmt.³⁰ Er beruht auf der Rechtsprechung des EuGH, nach der sich unmittelbar anwendbares Unionsrecht im Kollisionsfall gegenüber nationalem Recht durchsetzt.³¹ Im Gegensatz zum Anwendungsvorrang ist die unionsrechtskonforme Auslegung nicht von der unmittelbaren Anwendbarkeit eines Rechtsakts abhängig, sondern umfasst gleichermaßen nicht unmittelbar anwendbares Unionsrecht. Aus diesem Unterschied lässt sich ableiten, warum das Auslegungsgebot nur im Rahmen des nationalen Rechts wirken kann. Eine Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung, das nationale Recht auch entgegen der nationalen Methodik auszulegen, käme in ihrer Wirkung dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts gleich.³² Dem nationalen Recht würde eine Lösung vorgegeben, auch wenn sie unter Zugrundelegung der Methodik des jeweiligen Mitgliedstaats unvertretbar wäre. Das bedeutete nichts anderes, als nationales Recht außer Acht zu lassen und durch eine Lösung auf Grundlage des Unionsrechts zu ersetzen. Das würde zu einem Anwendungsvorrang des gesamten Unionsrechts führen.³³ Eine derart ausgestaltete Pflicht würde eine Kompetenz zur Harmonisierung *de facto* in eine Kompetenz zur Rechtssetzung umwandeln. Deshalb lässt sich eine über den Anwendungsvorrang hinausgehende Pflicht zur Beachtung des gesamten Unionsrechts nur rechtfertigen, wenn das nationale Recht einen Auslegungsspielraum einräumt³⁴. Insofern ist ein Auslegungsspielraum im nationalen Recht eine *Bedingung* für die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung.³⁵ Mit anderen Worten: „Die unmittelbare Wirkung verdrängt das nationale Recht, die [unionsrechtskonforme] Ausle-

³⁰ Siehe beispielsweise *Satzger* a.a.O. (Fn. 2), § 9 Rn. 77; *Hecker*, Europäisches Strafrecht (Fn. 5), § 10 Rn. 1.

³¹ EuGH Slg. 1964, 1251, 1269 ff. (Costa/ENEL); 1963, 1, 27 (Van Gend & Loos).

³² *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts (Fn. 1), S. 528; *ders.* a.a.O. (Fn. 2), § 9 Rn. 52.

³³ *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts (Fn. 1), S. 529; *Schröder* a.a.O. (Fn. 7), S. 352 f.

³⁴ EuGH Slg. 1984, 1891, 1901 (von Colson und Kamann); 1894, 1921, 1935 (Harz).

³⁵ Begriffliche Präzisierung: Die in der Literatur gebräuchliche Bezeichnung „nationale Grenze“ bezeichnet die dargestellten Zusammenhänge unpräzise. Von Art. 4 III EUV geht ein Auslegungsgebot nur dann aus, wenn nach nationalem Recht überhaupt ein Auslegungsspielraum existiert. Daraus ergeben sich zwei Kritikpunkte an der Bezeichnung „nationale Grenze“: Da die Entstehung der Pflicht von einem Auslegungsspielraum nach nationalem Recht abhängt, handelt es sich um eine *Bedingung*. Beispielsweise besteht kein Konflikt zwischen Art. 4 III EUV und Art. 103 II GG, wenn eine Richtlinie die Auslegung eines Straftatbestandes über seinen Wortlaut hinaus fordert. Eine Pflicht entsteht gar nicht erst. Darüber hinaus ist zwar zuzugestehen, dass der *Inhalt* dieser Bedingung sich nach dem nationalen Recht richtet. Diese Terminologie verschleiert aber, dass es sich aus dogmatischer Sicht um eine *unionsrechtliche* Bedingung handelt, die *inhaltlich* an das nationale Recht anknüpft.

gung nutzt es.“³⁶ Sie muss sich dabei aber an seine Auslegungsregeln halten.³⁷

bb) Reichweite im deutschen Strafrecht und Art. 103 Abs. 2 GG

Nachdem der Einfluss des nationalen Rechts auf das Auslegungsgebot nun abstrakt bestimmt worden ist, wird im Folgenden die Reichweite der unionsrechtskonformen Auslegung im deutschen Strafrecht skizziert. Entsprechend dem vorher Gesagten kann die Pflicht nur soweit reichen, wie das deutsche Strafrecht und das *gesamte* einschlägige Verfassungsrecht einen Auslegungsspielraum eröffnen. Dieser Auslegungsspielraum wird maßgeblich durch Art. 103 Abs. 2 GG bestimmt. Um genau beurteilen zu können, wo seine Grenzen verlaufen, muss untersucht werden, welchen Rahmen Art. 103 Abs. 2 GG für die Auslegung des Strafrechts vorgibt. Im Zusammenhang mit der unionsrechtskonformen Auslegung nennt der überwiegende Teil der Literatur bislang einzig den Wortlaut als Auslegungsgrenze.³⁸ Allerdings hat sich jüngst das BVerfG grundlegend zu Art. 103 Abs. 2 GG und dessen Bedeutung für die Auslegung des Strafrechts geäußert.³⁹ Das BVerfG hat den im Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG enthaltenen Bestimmtheitsgrundsatz auf die Straferichte erstreckt und daraus neue Vorgaben für die Auslegung des Strafrechts abgeleitet.⁴⁰ Die Bedeutung des Beschlusses für die unionsrechtskonforme Auslegung wird bisher weder in der einschlägigen Literatur noch in den zahlreichen Anmerkungen erwähnt. Einige der Vorgaben betreffen jedoch den verfassungsrechtlich vorgegebenen Auslegungsspielraum und damit die Reichweite der unionsrechtskonformen Auslegung im Strafrecht.

(1) Erweitertes Analogieverbot

Nach dem klassischen Verständnis vom Analogieverbot ist der Wortlaut die äußerste Grenze der zulässigen rich-

³⁶ *Langenbacher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Aufl. (2008), § 1 Rn. 87.

³⁷ Durch diese Bedingung ist auch das Verhältnis der unionsrechtskonformen Auslegung zu den nationalen Auslegungsmethoden vorgegeben. Sie hat gegenüber den klassischen Auslegungsmethoden einen relativen Vorrang, tritt aber hinter der verfassungskonformen Auslegung zurück; *Huber*, Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl. (2002), S. 169 Rn. 33 ff.; *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts (Fn. 1), S. 532.

³⁸ *Ambos*, Internationales Strafrecht (Fn. 5), § 11 Rn. 54; *Hecker*, Europäisches Strafrecht (Fn. 5), § 10 Rn. 34; *Schramm*, Internationales Strafrecht (Fn. 13), S. 126 Rn. 86; *Safferling*, Internationales Strafrecht (Fn. 20), § 11 Rn. 50; präziser aber bereits *Gaede*, in: *AnwK-StGB* (Fn. 20), § 1 Rn. 37.

³⁹ BVerfG NJW 2010, 3209 = HRRS 2010 Nr. 656; die Bedeutung betont *Saliger* NJW 2010, 3195, 3196.

⁴⁰ *Saliger* NJW 2010, 3195, 3198; *ders.* ZIS 2011, 902; *Schümann* StraFo 2010, 477, 480: „dem zuvor eher brach liegenden Bestimmtheitsgrundsatz für die Verfassungsmäßigkeit von Strafrechtsnormen eine Schlüsselrolle zugewiesen“; *Kuhlen* JR 2011, 246, 247: „Meilenstein“; *Schulz*, Neues zum Bestimmtheitsgrundsatz, in: *Heinrich u. a. (Hrsg.)*, Festschrift für Claus Roxin II (2011), S. 315; a.A. zum Beispiel *Krüger* NStZ 2011, 369, 370 und *Radtke* GmbHR 2010, 1121, die in dem Beschluss keine *neuen* Vorgaben sehen.

terlichen Interpretation.⁴¹ Das BVerfG hat den Entscheidungsspielraum der Gerichte durch eine „Erweiterung des Analogieverbots“ weiter eingeschränkt.⁴² Es hat festgestellt, dass einzelne Tatbestandsmerkmale auch innerhalb ihres natürlichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden dürfen, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen.⁴³ Darüber hinaus seien die Gerichte bei der Auslegung auch an den Willen des Gesetzgebers gebunden.⁴⁴

Das Analogieverbot schützt damit nicht nur die Einhaltung der Wortlautgrenze, sondern auch die systematische und subjektiv-historische Interpretation des Gesetzes zugunsten des Bürgers.⁴⁵ Teilweise werden die Ausführungen sogar als Erweiterung des Analogieverbots auf eine methodengerechte Auslegung interpretiert.⁴⁶ Eine unionsrechtskonforme Auslegung kommt damit auch innerhalb der Wortlautgrenze nicht in Betracht, wenn sie zur Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen führt oder der subjektive-historische Wille des Gesetzgebers entgegensteht.

(2) Präzisierungsgebot

Darüber hinaus hat das BVerfG festgestellt, dass Art. 103 Abs. 2 GG die Gerichte zu einer präzisierenden Auslegung verpflichtet.⁴⁷ Insbesondere bei weit gefassten Tatbeständen müssen sie verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch eine Präzisierung im Wege der Auslegung ausräumen.⁴⁸ Auch eine unionsrechtskonforme Auslegung muss sich an diesem Präzisierungsgebot messen lassen.

(3) Erhöhter Vertrauensschutz

Zudem hat das BVerfG angedeutet, dass sich aus dem Präzisierungsgebot Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtsprechungsänderungen ergeben könnten, die über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes

hinausgehen.⁴⁹ Denn Strafgerichte seien bei der Änderung einer gefestigten Rechtsprechung in besonderem Maße verpflichtet, für geeigneten Vertrauensschutz zu sorgen.⁵⁰ Die Anforderungen an diesen Vertrauensschutz hat das BVerfG in einer jüngeren Entscheidung etwas präzisiert,⁵¹ dabei aber offen gelassen, ob eine belastende Rechtsprechungsänderung gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen kann. Dieser noch konkretisierungsbedürftige Vertrauensschutz muss auch bei einer belastenden Rechtsprechungsänderung berücksichtigt werden, die unionsrechtlich bedingt ist.⁵²

Damit bleibt festzuhalten, dass Art. 103 Abs. 2 GG in der Lesart des BVerfG den Auslegungsspielraum der Gerichte auch innerhalb des Gesetzeswortlauts bedeutend einschränkt. Dadurch wird gleichzeitig die Reichweite der unionsrechtskonformen Auslegung im deutschen Strafrecht begrenzt.

c) Vereinbarkeit mit dem gesamten Unionsrecht

Da das Auslegungsgebot nicht auf bestimmte Unionsrechtsakte begrenzt ist, entsteht eine Pflicht zu einer bestimmten Auslegung nur, soweit ein Auslegungsergebnis mit dem gesamten Unionsrecht in Einklang steht.⁵³ Bei der unionsrechtskonformen Auslegung einer Strafnorm ist daher nicht nur strafbarkeitserweiterndes Unionsrecht in den Blick zu nehmen; auch strafbarkeitsbegrenzendes Unionsrecht muss beachtet werden.

Eine solche Wirkung haben insbesondere die Grundfreiheiten und die Grundrechtecharta. Letztere steht gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV gleichrangig neben den Verträgen.⁵⁴ Überdies ist auf die EMRK hinzuweisen, die im Unionsrecht gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeiner Rechtsgrundsatz gilt. Für das Strafverfahren ist Art. 6 EMRK mit seinen zahlreichen Verfahrensgarantien bedeutsam.⁵⁵

⁴¹ Dannecker, in: LK-StGB (Fn. 20), § 1 Rn. 308.

⁴² Gaede, in: AnwK-StGB (Fn. 20), § 1 Rn. 27 mit dem Hinweis, der Begriff Analogie sei dabei nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; Kuhlen JR 2011, 246, 248; Schulz, FS Roxin II (Fn. 40), S. 321: „Analogieverbot materiell angereichert und entspricht einem Präzisierungsgebot, mit dem eine gesetzeswidrige Auslegung vermieden werden soll“; andere Terminologie bei Saliger ZIS 2011, 902, 903: „Gebot bestimmter Gesetzesauslegung“, der damit zu recht hervorhebt, dass es sich methodisch um einen Unterschied handelt, ob eine Auslegung über den Wortlaut hinaus *verboten* oder innerhalb des Wortlauts eine bestimmte Auslegung *geboten* ist.

⁴³ BVerfG NJW 2010, 3209 (Rn. 79): „Verschleifung (...) von Tatbestandsmerkmalen“.

⁴⁴ BVerfG NJW 2010, 3209 (Rn. 80).

⁴⁵ Kuhlen JR 2011, 246, 248; Saliger ZIS 2011, 902, 903: „Garantie der Einhaltung des Willens des Gesetzgebers zur Straflosigkeit eines Verhaltens“.

⁴⁶ Gaede, in: AnwK-StGB (Fn. 20), § 1 Rn. 27: „strafrechtliches Gebot zur methodengerechten Auslegung“; Becker HRRS 2010, 383, 386; Böse Jura 2011, 617, 621: „Garantie für eine methodengerechte Auslegung“; kritisch dazu aber Saliger ZIS 2011, 902, 903 Fn. 19.

⁴⁷ BVerfG NJW 2010, 3209 (Rn. 81).

⁴⁸ BVerfG NJW 2010, 3209 (Rn. 81).

⁴⁹ BVerfG NJW 2010, 3209 (Rn. 81); Böse Jura 2011, 617, 621: „Hier deutet sich ein Wandel in der bisherigen verfassungsrechtlichen Judikatur an, wonach eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht dem Rückwirkungsverbot unterliegt.“; ähnlich Kuhlen JR 2011, 246, 250.

⁵⁰ BVerfG NJW 2010, 3209 (Rn. 81); dazu Schulz, FS Roxin II (Fn. 40), S. 305, 312 ff.

⁵¹ BVerfG HRRS Nr. 737 mit Anmerkung Kuhlen HRRS 2012, 114.

⁵² Zur Zulässigkeit der „strafbarkeitserweiternden Auslegung“ siehe Satzger, Europäisierung des Strafrechts (Fn. 1), S. 555 ff.; Hecker, Europäisches Strafrecht (Fn. 5), § 10 Rn. 59 ff.

⁵³ Begriffliche Präzisierung: In der Literatur wird für die dargestellten Zusammenhänge die Bezeichnung „unionsrechtliche Grenze“ verwendet. Der Begriff „Grenze“ suggeriert, dass von einem einzelnen Unionsrechtsakt bereits ein Auslegungsgebot ausgeht, das dann durch das primäre Unionsrecht begrenzt wird. Es erscheint indes widersprüchlich, von einer Pflicht zur *unionsrechtskonformen* Auslegung zu sprechen, die ihrerseits durch *Unionsrecht* begrenzt wird. Vielmehr geht von der Unionstreue eine solche Pflicht nur unter der *Bedingung* aus, dass ein Auslegungsergebnis mit dem gesamten Unionsrecht in Einklang steht.

⁵⁴ Beukelmann NJW 2010, 2081.

⁵⁵ Siehe dazu Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK (2007), S. 159 ff.; einen Überblick zu

Weitere allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts sind durch die Rechtsprechung des EuGH geprägt.⁵⁶ Für die Auslegung des Strafrechts sind insbesondere das Rückwirkungsverbot⁵⁷ sowie der Bestimmtheitsgrundsatz⁵⁸ maßgeblich.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Reichweite der Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung von zahlreichen Vorgaben des nationalen Rechts und des Unionsrechts abhängt. Anhand dieser Einschränkungen sind auch die Auswirkungen der viel beachteten „Spector Photo Group“ Entscheidung auf die Auslegung des deutschen Straf- und Strafverfahrensrechts zu beurteilen.

III. Die „Spector Photo Group“ Entscheidung

In der „Spector Photo Group“ Entscheidung vom 23. Dezember 2009 hat sich der EuGH zur Reichweite des Insiderhandelsverbots gemäß Art. 2 I 2003/6/EG RL geäußert. Zu Beginn werden zum besseren Verständnis das Ausgangsverfahren und die wichtigste Vorlagefrage dargestellt.

1. Ausgangsverfahren

Der Hof van beroep te Brussel musste in einem Rechtsstreit über eine Geldbuße entscheiden, welche die belgische Finanzaufsichtsbehörde gegen die belgische Spector Photo Group N.V. (Spector) und einen ihrer Mitarbeiter verhängt hatte. Spector hatte eigene Aktien in erheblichem Umfang erworben. Anschließend veröffentlichte Spector Informationen über ihre Geschäftsergebnisse, was zu einem Anstieg des Aktienkurses führte. Dies wurde als verbotenes Insidergeschäft beurteilt. Spector verteidigte sich mit dem Einwand, es sei nicht nachgewiesen worden, dass die Aktien wegen der anstehenden Veröffentlichung der Geschäftsergebnisse zurückerworben wurden.

Grundlage der Verhängung der Geldbuße war eine belgische Vorschrift, die der Umsetzung von Art. 2 Abs. 1 RL 2003/6/EG diene. Kern des Verfahrens war die Auslegung des Begriffs „Nutzung“ einer Insiderinformation im Sinne des Art. 2 Abs. 1 RL 2003/6/EG.⁵⁹

den unionsrechtlichen Justizgrundrechten bietet *Jarass* NStZ 2012, 611.

⁵⁶ Grundlegend EuGH Slg. 1987, 3969 (Kolpinghuis Nijmegen); 1996, 6609 (Telecom Italia); zur Fortgeltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze nach dem Vertrag von Lissabon *Kokott/Sobotta* EuGRZ 2010, 265.

⁵⁷ EuGH Slg. 1987, 3969, 3986 (Kolpinghuis Nijmegen); ausführlich dazu *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts (Fn. 1), S. 538; *Hecker*, Europäisches Strafrecht (Fn. 5), § 10 Rn. 38.

⁵⁸ EuGH Slg. 1996, 6609, 6647 (Telecom Italia); zu der daraus abgeleiteten Voraussetzung, dass nur ein hinreichend bestimmter Unionsrechtsakt Ausgangspunkt der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Strafrechts sein kann *Satzger* a.a.O. (Fn. 2), § 9 Rn. 92; *Schröder* a.a.O. (Fn. 7), S. 387.

⁵⁹ Vgl. EuGH Slg. 2009, 12100, 12114 (Spector); der EuGH fasste die zweite und dritte Vorlagefrage zusammen und beantwortete beide gemeinsam.

Insbesondere war fraglich, ob für eine „Nutzung“ der Nachweis genügt, dass ein Insider eine Insiderinformation besitzt und auf dem Markt ein Geschäft mit Finanzinstrumenten tätigt, auf die sich die Information bezieht, oder, ob zusätzlich nachgewiesen werden muss, dass diese Information bewusst genutzt worden ist.⁶⁰

2. Vorgaben für eine unionsrechts-konforme Auslegung

Dazu führte der EuGH aus, dass der Wortlaut des Art. 2 I RL 2003/6/EG nicht explizit eine subjektive Voraussetzung festlege. Insbesondere erfordere er nicht ausdrücklich den Nachweis, dass die Information für das fragliche Geschäft bestimmend war.⁶¹ Das Insiderhandelsverbot sichere die Integrität der Finanzmärkte nur dann, wenn es effektiv durchsetzbar sei.⁶² Vor diesem Hintergrund sei es gerechtfertigt, die „Nutzung“ einer Insiderinformation zu vermuten, wenn eine Person nachweislich über sie verfügt und auf dem Markt ein Geschäft mit Finanzinstrumenten getätigt hat, auf die sich die Information bezieht.⁶³

Welche Vorgaben sich daraus für eine unionsrechtskonforme Auslegung des Art. 2 I RL 2003/6/EG ergeben, erschließt sich aus den Ausführungen des EuGH nicht eindeutig.⁶⁴ Vor allem ist unklar, was genau der EuGH unter dem Begriff der „Nutzung“ versteht und damit als Gegenstand der Vermutung ansieht. Teilweise wird die Entscheidung so interpretiert, dass bei Erfüllung des objektiven Tatbestandes der Vorsatz zu vermuten sei. Nach anderer Interpretation wird der Einfluss der Insiderinformation auf das fragliche Geschäft und damit die Kausalität als Gegenstand der Vermutung angesehen.

Die Unsicherheit hinsichtlich des genauen Inhalts ist vor allem auf die verwendete Terminologie in der Entscheidung zurückzuführen. Zunächst ist festzustellen, dass der EuGH eine Kausalität zwischen Insiderinformation und dem durchgeführten Geschäft nicht ausdrücklich erwähnt.⁶⁵ Er betont, dass die Richtlinie ein „subjektives Tatbestandsmerkmal“⁶⁶ nicht ausdrücklich vorsehe. Die besondere Natur des Insidergeschäfts erlaube es, bei Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale ein Han-

⁶⁰ EuGH Slg. 2009, 12100, 12114 (Spector).

⁶¹ EuGH Slg. 2009, 12100, 12115 (Spector).

⁶² EuGH Slg. 2009, 12100, 12116 (Spector).

⁶³ EuGH Slg. 2009, 12100, 12123 (Spector).

⁶⁴ Das wird eindrucksvoll an den unterschiedlichen Interpretationen der Entscheidung in der Literatur deutlich: *Vorsatz*: *Opitz* BKR 2010, 71, 74; *St. Schulz* ZIP 2010, 609, 611; *Heusel* BKR 2010, 77, 79; *Assmann*, in: *Assmann/Schneider* (Hrsg.), *WpHG*, 6. Aufl. (2012), § 14 Rn. 26. *Kausalität*: *Ransiek* *wistra* 2011, 1, 2; *Nietsch* ZHR 2010, 557, 572; *Busian* WM 2011, 8, 9; *Cascante/Bingel* NZG 2010, 161, 162; *Nikoleyczik/Gubitz* GWR 2010, 159; *Gehrmann* ZBB 2010, 48, 50; *Flick/Lorenz* RIW 2010, 381, 382; *Schröder*, in: *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3. Aufl. (2012), X 2 Rn. 163; a.A. *Vogel*, in: *WpHG* (Fn. 64), § 38 Rn. 3: Der EuGH habe lediglich darauf aufmerksam gemacht, dass vorhandene Insiderinformationen in aller Regel in die Vornahme von Insidergeschäften einfließen.

⁶⁵ *Nietsch* ZHR 2010, 557, 564; *St. Schulz* ZIP 2010, 609, 611; *Ransiek* *wistra* 2011, 1, 3 Fn. 21.

⁶⁶ EuGH Slg. 2009, 12100, 12116 (Spector).

deln mit „Vorsatz“⁶⁷ zu vermuten. Bei näherer Betrachtung der Urteilsgründe wird jedoch deutlich, dass es dem EuGH trotz der entgegenstehenden Terminologie um eine Kausalitätsvermutung geht.⁶⁸ Für diese Annahme spricht beispielsweise folgende einleitende Aussage der Entscheidung: „Art. 2 Abs. 1 RL 2003/06 [...] besagt nicht ausdrücklich, dass der Nachweis erforderlich ist, dass die Insider-Information für die Entscheidung, das fragliche Geschäft auf dem Markt zu tätigen, *bestimmend* war [...].“⁶⁹ Ferner wird nur dieses Verständnis der Vorlagefrage des Gerichts und dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens gerecht.⁷⁰ Beide drehen sich im Kern um die Frage, ob der Rückkauf von Aktien durch die anstehende Veröffentlichung des Geschäftsberichts beeinflusst wurde. Bedenkt man, dass es sich bei diesem Einfluss um einen inneren Vorgang handelt, lässt sich auch die Terminologie des EuGH verstehen. Der Einfluss ist ein innerer Entscheidungsprozess.⁷¹ In diesem Sinne begreift der EuGH das „Nutzen“ einer Insiderinformation als subjektives Tatbestandsmerkmal und bezeichnet es als Vorsatz.⁷² Der Sache nach geht es aber um den Einfluss der Insiderinformation auf die Insiderhandlung und damit in deutscher Terminologie um Kausalität.⁷³

Die „Spector Photo Group“ Entscheidung enthält damit zwei Vorgaben für eine unionsrechtskonforme Auslegung des Begriffs „Nutzen“ in Art. 2 Abs. 1 RL 2003/6/EG. Die „Nutzung“ einer Information setzt die Kausalität zwischen Insiderinformation und dem fraglichen Geschäft voraus. Die Kausalität kann jedoch vermutet werden, wenn das Wissen um eine Insiderinformation und die Vornahme eines Geschäfts feststehen. Ins deutsche Recht wird Art. 2 Abs. 1 RL 2003/6/EG über die Vorgaben der Richtlinie hinaus durch das Straßblankett des § 38 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG umgesetzt.⁷⁴ Daraus ergibt sich die eingangs angesprochene Brisanz der „Spector Photo Group“ Entscheidung. Denn die Vorgaben, die der EuGH anlässlich des belgischen Verwaltungsverfahrens für die Auslegung des Insiderhandelsverbots gemacht hat, betreffen damit die Auslegung des deutschen Straf- und Strafverfahrensrechts.

⁶⁷ EuGH Slg. 2009, 12100, 12116 (Spector).

⁶⁸ Ransiek wistra 2011, 1, 3 Fn. 21; für diese Interpretation sprechen auch die Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott, EuGH Slg. 2009, 12086: „Im vorliegenden Fall ist daher zu klären, ob für das Vorliegen eines Insiderhandels ausnahmslos das Handeln in Kenntnis der Insiderinformation hinreichend ist oder *noch ein weiteres Element hinzukommen muss.*“; Hervorhebungen vom Autor.

⁶⁹ EuGH Slg. 2009, 12100, 12115 (Spector); Hervorhebungen vom Autor.

⁷⁰ Ransiek wistra 2011, 1, 2; Cascante/Bingel NZG 2010, 161, 162; Gehrman ZBB 2010, 48, 50.

⁷¹ Ransiek wistra 2011, 1, 2; Cascante/Bingel NZG 2010, 161, 162.

⁷² Cascante/Bingel NZG 2010, 161, 162; vgl. Ransiek wistra 2011, 1 zu weiteren Argumenten.

⁷³ Der weiteren Untersuchung wird die Interpretation der herrschenden Lehre (vgl. Fn. 64) zu Grunde gelegt.

⁷⁴ Gemäß Art. 14 RL 2003/6/EG verlangt die Richtlinie nur ein verwaltungsrechtliches Vorgehen gegen Insiderhandel.

IV. Auswirkungen auf das Strafrecht

Aus deutscher Sicht geht es bei der Frage, ob der Tatbestand des Insiderhandelsverbots Kausalität voraussetzt, um die Auslegung des Begriffs „Verwendung“ in § 38 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG. Der Wortlaut „Verwenden“ entspricht inhaltlich dem in der Richtlinie zu findenden Begriff „Nutzen“. Er steht einer Übertragung der Vorgaben aus Art. 2 Abs. 1 RL 2003/6/EG für den Begriff der „Nutzung“ nicht entgegen.⁷⁵ Vielmehr deutet er – ebenso wie der Begriff „Nutzung“ – an, dass der Tatbestand mehr als nur den Besitz der Insiderinformation voraussetzt.⁷⁶ Daneben zeigt die Entstehungsgeschichte des deutschen Insiderhandelsverbots, dass der Gesetzgeber mit diesem unionsrechtliche Vorgaben umsetzen wollte.⁷⁷ Der Auslegung stehen weder verfassungsrechtliche noch unionsrechtliche Bedenken entgegen, so dass der Begriff „Verwendung“ im Insiderstrafrecht unionsrechtskonform als Kausalitätserfordernis zwischen Insiderinformation und Insiderhandlung zu verstehen ist. Insofern bestätigen die unionsrechtlichen Vorgaben die Auslegung des deutschen Insiderstrafrechts in der Literatur, wonach der Begriff der „Verwendung“ ebenfalls als materielles Kausalitätserfordernis interpretiert wird.⁷⁸

V. Auswirkungen auf das Strafverfahrensrecht

Neben dem materiellen Kausalitätserfordernis hat der EuGH auch eine prozessuale Vorgabe aus Art. 2 Abs. 1 RL 2003/6/EG abgeleitet. Er ist der Auffassung, die nachweisliche Kenntnis einer Insiderinformation und die Durchführung eines Wertpapiergeschäfts, das von der Information betroffen ist, begründen die Vermutung, dieses Wissen habe Einfluss auf die Durchführung des Wertpapiergeschäfts gehabt. Im Gegensatz zu der materiellen Vorgabe, die der Interpretation im deutschen Insiderstrafrecht entspricht, ist dem deutschen Strafverfahrensrecht eine Beweislast des Täters fremd. Für eine Pflicht, die Vorgaben bei der Auslegung der Strafprozessordnung zu berücksichtigen, müsste das nationale Recht einen Auslegungsspielraum bieten und eine solche Auslegung müsste mit dem gesamten Unionsrecht vereinbar sein.

⁷⁵ Flick/Lorenz RIW 2010, 381, 382; Cascante/Bingel NZG 2010, 161, 162.

⁷⁶ Assmann, in: WpHG (Fn. 64), § 14 Rn. 25.

⁷⁷ Während die sogenannte Insiderrichtlinie den Mitgliedstaaten aufgab, ein Geschäft unter *Ausnutzung* einer Insiderinformation zu untersagen, ist nach Art. 2 Abs. 1 RL 2003/6/EG ein Geschäft bereits dann zu verbieten, wenn es unter *Nutzung* einer Insiderinformation stattfindet. Der deutsche Gesetzgeber hat zur Umsetzung dieser Richtlinie das Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes erlassen. Mit diesem Gesetz ist der Wortlaut des § 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG von „unter Ausnutzung“ zu „unter Verwendung“ geändert worden.

⁷⁸ Vogel, in: WpHG (Fn. 64), § 38 Rn. 2 u. 5 mit Verweis auf Assmann, in: WpHG (Fn. 64), § 14 Rn. 25; Zimmer/Cloppenburg, in: Kapitalmarktrechts-Kommentar (Fn. 64), § 38 Rn. 8; Ransiek wistra 2011, 1, 2; St. Schulz ZIP 2010, 609, 610; Nietsch ZHR 2010, 557, 568; Flick/Lorenz RIW 2010, 381, 383.

1. Betroffene Verfahrensvorschriften

Da das deutsche Strafverfahrensrecht eine Beweiswiderlegungslast des Täters nicht kennt, müssten zahlreiche Normen einschränkend ausgelegt werden, um der Richtlinie zu entsprechen: Nach dem in § 261 StPO normierten Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist der Richter nicht an Beweisregeln gebunden.⁷⁹ Darüber hinaus obliegt es gemäß §§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO dem Gericht und der Staatsanwaltschaft, alle Tatsachen und Beweise zu ermitteln, die für eine Verurteilung erforderlich sind.⁸⁰ Auch das Schweigerecht gemäß §§ 136 Abs. 2 S. 2, 243 Abs. 5 S. 1 StPO, aus dessen Wahrnehmung sich keine Nachteile für den Beschuldigten ergeben dürfen, ist von der Vermutung betroffen.⁸¹

2. Auslegungsspielraum im nationalen Recht

Eine Pflicht, die einschlägigen Normen nach den Vorgaben der Richtlinie auszulegen, besteht nur dann, wenn das nationale Recht einen Auslegungsspielraum bietet. Eine systematische Zusammenschau der aufgezählten Vorschriften zeigt aber bereits, dass dies nicht der Fall ist. Zudem verbieten gleich mehrere verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Strafverfahrens eine derartige Auslegung.⁸²

a) Unschuldsvermutung

Die Unschuldsvermutung hat in Deutschland Verfassungsrang. Sie hat ihren Ursprung in dem in Art. 20 Abs. 3 GG normierten Rechtsstaatsprinzip, das unter anderem gebietet, belastende Maßnahmen nur auf der Grundlage eines Gesetzes zu treffen.⁸³ Das Strafrecht als „schärfstes Schwert“⁸⁴ des Staates darf damit nur eingesetzt werden, wenn alle Voraussetzungen eines Tatbestandes vorliegen. Daraus folgt die Beweislast des Staates.⁸⁵ Eine Kausalitätsvermutung verletzt dieses grundlegende Prinzip des deutschen Strafverfahrens.

b) Schuldprinzip

Zudem entspricht eine Vermutungsregel zu Lasten des Angeklagten nicht den Anforderungen, die sich aus dem Schuldprinzip an das Strafverfahrensrecht ergeben. Der Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, hat seine Grundlage in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG.⁸⁶ Das Schuldprinzip gehört zu der nach Art. 79 Abs. 3 GG nicht verfügbaren Verfassungsidenti-

tät.⁸⁷ Wer die Erfüllung des Tatbestandes vermutet, aber nicht nachweist, der unterstellt auch Schuld.⁸⁸ Ein Auslegungsspielraum ist damit auch durch das Schuldprinzip beschränkt.

3. Vereinbarkeit mit dem gesamten Unionsrecht

Darüber hinaus spricht auch das Unionsrecht gegen eine Übertragung der Kausalitätsvermutung in das deutsche Strafverfahrensrecht. In Art. 6 Abs. 2 EMRK ist eine Unschuldsvermutung niedergelegt, die gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts gilt. Im Falle einer „strafrechtlichen“⁸⁹ Anklage garantiert sie ein faires Verfahren, in dem der Beweis des Tatvorwurfs geführt werden muss.⁹⁰ Zwar schließt die Rechtsprechung des EGMR eine Beweislastumkehr nicht prinzipiell aus, doch auch der EGMR betont, dass wegen der Einschränkung der Verteidigungsrechte die Verhältnismäßigkeit strikt zu wahren sei.⁹¹ In seiner Entscheidung begründet der EuGH die Vereinbarkeit der Kausalitätsvermutung mit Art. 6 Abs. 2 EMRK allein mit einem Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR.⁹² Für ein Verwaltungsverfahren dürfte die Kausalitätsvermutung den Anforderungen des EGMR entsprechen. Da der Unschuldsvermutung in einem echten Strafverfahren aber ein höherer Stellenwert zukommt, dürfte die Bewertung des EGMR hier anders aussehen.⁹³ Auch Art. 6 Abs. 2 EMRK kann damit einer den Vorgaben des EuGH entsprechenden Auslegung widersprechen.

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass bereits das deutsche Strafverfahrensrecht keinen Auslegungsspielraum für eine Kausalitätsvermutung bietet.⁹⁴ Darüber hinaus verbieten jedenfalls verfassungsrechtliche Prinzipien des deutschen Strafverfahrens eine derartige Auslegung.⁹⁵ Folglich besteht keine Pflicht, im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung eine Beweislastumkehr in das deutsche Strafprozessrecht zu integrieren.

⁸⁷ BVerfG NJW 2009, 2267 (Rn. 364).

⁸⁸ Ransiek wistra 2011, 1, 2.

⁸⁹ Zwar setzt der Wortlaut des Art. 6 II EMRK eine strafrechtliche Anklage voraus, der Begriff der Strafe ist aber autonom auszulegen. Der EGMR prüft anhand der nationalen Einstufung der Sanktion, der Natur der Verfehlung und der Art und Schwere der drohenden Rechtsfolge, ob ein Vorwurf strafrechtlich einzuordnen ist. Der Vorwurf eines sozialetischen Tadels setzt der EGMR nicht als zwingendes Element der Strafe voraus.

⁹⁰ Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 55), S. 228 ff. m.w.N.

⁹¹ Langenbacher/Brenner/Gellings BKR 2010, 133, 135.

⁹² EuGH Slg. 2009, 12100, 12123 (Spector); kritisch Nietsch ZHR 2010, 557, 579; Opitz BKR 2010, 72, 73; Langenbacher/Brenner/Gellings BKR 2010, 133, 135.

⁹³ Langenbacher/Brenner/Gellings BKR 2010, 133, 135; Nietsch ZHR 2010, 557, 579.

⁹⁴ Gehrman ZBB 2010, 48, 50; St. Schulz ZIP 2010, 609, 611.

⁹⁵ Gehrman ZBB 2010, 48, 51; St. Schulz ZIP 2010, 609, 611; Bussian WM 2011, 8, 9; Flick/Lorenz RIW 2010, 381, 383; Ransiek wistra 2011, 1, 4.

⁷⁹ Eschelbach, in: Graf (Hrsg.), Strafprozessordnung, 2010, § 261 Rn. 261; Velten, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO, 4. Aufl. (2012), § 261 Rn. 1; zum Verhältnis von Beweisregeln und freier Beweiswürdigung Walter JZ 2006, 340, 341.

⁸⁰ Monk, in: Graf-StPO (Fn. 79), § 155 Rn. 2; Beulke, in: Erb u. a. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg-StPO, 26. Aufl. (2013), § 155 Rn. 8.

⁸¹ Gehrman ZBB 2010, 48, 51.

⁸² Gehrman ZBB 2010, 48, 50; St. Schulz ZIP 2010, 609, 611.

⁸³ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. (2012), § 11 Rn. 1.

⁸⁴ Hefendehl JA 2011, 401.

⁸⁵ Walter JZ 2006, 340, 345.

⁸⁶ BVerfG NJW 2009, 2267 (Rn. 364).

4. Berücksichtigung im Rahmen des § 261 StPO

Die unionsrechtskonforme Auslegung gebietet es aber, dem durch die Marktmissbrauchsrichtlinie und die Entscheidung des EuGH vorgegebenem Schutzniveau soweit wie möglich zu entsprechen. Deshalb ist zu erwägen, ob die Vermutung im Rahmen der freien Beweiswürdigung des § 261 StPO legitim Berücksichtigung finden kann und muss.⁹⁶ Eine Transformation in ein geringer bemessenes Darlegungserfordernis an die Nutzung einer Insiderinformation begegnet indes den gleichen Bedenken wie eine echte Vermutung. Versteht man die Entscheidung dagegen als Hinweis auf einen Erfahrungssatz,⁹⁷ muss ihn der Richter ohnehin berücksichtigen, wenn er tatsächlich besteht. Bedenkt man, dass die Vermutung des EuGH die nachgewiesene Kenntnis der Information und den Abschluss eines Geschäftes, auf das sich die Information bezieht, voraussetzt, erscheint das Schutzniveau auch im Rahmen der freien Beweiswürdigung nicht wesentlich geringer.⁹⁸ Schließlich führen auch die Mittel des Strengbeweises und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht dazu, dass der Richter jeder

⁹⁶ Vgl. *Bussian* WM 2011, 8, 9; *Flick/Lorenz* RIW 2010, 381, 384; *Cascante/Bingel* NZG 2010, 161, 163; *Gehrmann* ZBB 2010, 48, 51; *Ransiek* wistra 2011, 1, 4; *Widder/Bedowski* GWR 2010, 35.

⁹⁷ *Vogel*, in: *WpHG* (Fn. 64), § 38 Rn. 3.

⁹⁸ Ausführlich dazu *Ransiek* wistra 2011, 1, 3 f.

Einlassung des Angeklagten folgen muss.⁹⁹ Vielmehr müssen solche Einlassungen auf Grund der Indizienlage bewertet werden.¹⁰⁰ Gelingt es dem Beschuldigten aber, Zweifel am Einfluss der Insiderinformation plausibel zu machen, ist er freizusprechen.

VI. Schluss

Die „Spector Photo Group“ Entscheidung zeigt beispielhaft, dass ein Strafgesetz, das in den Anwendungsbereich eines Unionsrechtsaktes fällt, nicht zwangsläufig so ausgelegt werden muss, dass es seinen Vorgaben entspricht. Eine dahingehende Pflicht ist vom Bestehen eines Auslegungsspielraums im nationalen Recht abhängig und davon, dass eine Auslegung dem gesamten Unionsrecht entspricht. Diese Bedingungen machen die unionsrechtskonforme Auslegung im Straf- und Strafverfahrensrecht zu einer komplexen Aufgabe. Denn sie sind Einfallstore für zahlreiche verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Vorgaben, welche die Reichweite des Auslegungsgebotes beeinflussen. Kommt eine Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung in Betracht, müssen diese Vorgaben sorgfältig geprüft werden, um zu verhindern, dass durch eine (vermeintlich) unionsrechtskonforme Auslegung rechtsstaatliche Standards leiden.¹⁰¹

⁹⁹ *Nietsch* ZHR 2010, 557, 577 m.w.N.

¹⁰⁰ *Nietsch* ZHR 2010, 557, 57

¹⁰¹ Zu Problembeispielen siehe *Gaede*, in: *Flore/Tsambikakis* (Hrsg.), *Steuerstrafrecht* (2013), § 369 Rn. 49, 52 und 71.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Detlef Burhoff. Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 7. Aufl. (2013), 1825 Seiten inkl. CD-ROM, 108 €, ZAP Verlag, Münster 2013.

Anfang des Jahres ist nun die aktualisierte 7. Auflage des zum Klassiker gewordenen Handbuchs für die strafrechtliche Hauptverhandlung erschienen. Das Standardwerk für Strafverteidiger ist mittlerweile auf über 1600 Seiten angewachsen und wurde von Herrn Burhoff auf den neuesten Stand gebracht. Stand der eingearbeiteten Rechtsprechung ist der September.

In der Hauptverhandlung geht es für den Angeklagten in der Regel um alles. Insbesondere durch die durch die Rechtsprechung des BGH aufkommenden Tendenz, den Verteidiger für die Einhaltung der Verfahrensregeln mitverantwortlich zu machen und zudem die Handlungsmöglichkeiten der Verteidigung durch Fristenlösungen und Präklusionsmöglichkeiten einzuschränken, ist der engagierte Verteidiger auf schnelle zuverlässige Hilfsmittel angewiesen. Dieses Buch gibt äußerst praxisnah viele Hinweise in diesem Verfahrensabschnitt die Rechte des Beschuldigten zu wahren. Wie gewohnt, stellt Herr Burhoff nicht allein die „herrschende Meinung“ dar, sondern verweist auf alternative Sichtweisen.

Auch die 7. Auflage folgt dem von Herrn Burhoff gewohnten alphabetischen Aufbau nach Stichwörtern. Diese Darstellungsform ermöglicht es dem Benutzer schnell an der gestellten Frage orientiert diese auch erschöpfend zu beantworten. Sehr hilfreich ist das wirklich umfassende Stichwortverzeichnis am Ende des Buches, welches den Nutzer zielsicher zu den richtigen Abschnitten führt. Im Gegensatz zur vorherigen 6. Auflage wurde das Stichwortverzeichnis um die Stichwörter „Ablehnungsverfahren, Rechtsmittel“, „Beschwerde“ und „Verzögerungsrüge“ erweitert. Damit wurden die gesetzli-

chen Neuregelungen im „Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren“ eingearbeitet. Die bereits bestehenden Stichwörter wurden auf den neuesten Stand gebracht und zum Teil erheblich erweitert. Insbesondere die neuen Regeln für die Verständigung im Strafverfahren wurden eingearbeitet.

Am Ende des Buches ist ein umfassendes Entscheidungsregister angefügt, welches es leicht macht, die zitierte Entscheidung im Volltext zu finden. Sämtliche Entscheidungen, die ab dem Jahre 2006 veröffentlicht wurden finden sich auf der beigefügten CD-ROM im Volltext wieder. Auf dieser CD finden sich auch wie in den Voraufgaben sämtliche Muster und Formulierungshilfen. Es sind auf der CD-ROM die wesentlichen Gesetze verlinkt.

Neu und sehr anwenderfreundlich ist das Angebot, das Handbuch als so genanntes jBook kostenlos online auf www.jurion.de frei zu schalten. Der 7. Auflage gelingt damit die Verknüpfung der neuen Medien mit der klassischen Nutzung des Druckwerks. Der Anwender kann über seinen Computer oder Tablet das gesamte Buch unterwegs, am Arbeitsplatz oder sogar in der Hauptverhandlung online nutzen und dort sämtliche Rechtsnormen und Gesetze einsehen. Zudem existiert eine Suchmaschine, wie in einer Datenbank, welche das Suchen nach Stichwörtern zur Problemlösung noch einmal deutlich erleichtert.

FAZIT: Auch in der neuen 7. Auflage darf dieses Handbuch in keiner anwaltlichen Bibliothek fehlen. Selbst wenn man nur gelegentlich mit strafrechtlichen Mandaten befasst ist, ist dieses Buch ein unverzichtbarer Helfer.

RA, FA für Strafrecht und für Verkehrsrecht **Tobias Glienke**, Berlin

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

381. BVerfG 1 BvR 990/13 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 12. April 2013 (OLG München)

Einstweilige Anordnung; Medienberichterstattung über ein Strafverfahren (Gleichbehandlung im publizistischen Wettbewerb; Akkreditierungsverfahren; Medienvertreter; ausländische Medien; „NSU-Verfahren“; Sitzkontingente; Öffentlichkeit; Sicherungsverfügung; Prozessleitungsbezugnis).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 1 GG; § 176 GVG; § 32 BVerfGG

382. BVerfG 2 BvR 67/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. März 2013 (OLG Hamm / LG Aachen)

Strafvollzug (Hafttraumunterbringung; gemeinsame Unterbringung; Nichtraucher; Raucher); Rechtsschutzbedürfnis (Fortbestehen; gewichtiger Grundrechtseingriff); Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Eingriff; Rechtsgrundlage; Zustimmung); Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Vorlage von Unterlagen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 3 Abs. 5 NiSchG NW; § 115 Abs. 3 StVollzG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

383. BVerfG 2 BvR 612/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. Februar 2013 (Saarländisches OLG / LG Saarbrücken)

Strafvollzug (Lockerungen; Ausführung zum Sterbebett des Vaters); effektiver Rechtsschutz (Feststellungsinteresse; Rechtsschutzinteresse); Schutz von Ehe und Familie (Eltern; erwachsene Kinder); Rechtsbeschwerde (Zulassung; Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung; Beschwerdegericht; eigene Tatsachenfeststellung).

Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 35 StVollzG; § 109 StVollzG; § 114 StVollzG; § 115 Abs. 3 StVollzG

384. BVerfG 2 BvR 2595/12 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. März 2013 (OLG Koblenz)

Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Substantiierung; Vorlage von Unterlagen; erneute Verfassungsbeschwerde); Widerruf einer Gnadenentscheidung (Freiheitsgrundrecht; Rechtsstaatsprinzip; Vertrauensschutzgebot; Bewährungszeit; Fristablauf; Verfahrensverzögerung; Hinweispflicht; Zwischennachricht).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 56g StGB; Nr. 34.2 Gnadenordnung; § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG

385. BGH 1 StR 108/13 – Beschluss vom 21. März 2013 (LG Amberg)

Schlaf als tiefgreifende Bewusstseinsstörung (sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen; Einordnung des Halbschlafs).

§ 179 StGB; § 20 StGB

386. BGH 1 StR 165/12 – Beschluss vom 9. April 2013 (LG Berlin)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

387. BGH 1 StR 263/12 – Beschluss vom 6. Februar 2013 (LG Stuttgart)

BGHR; Betrug bei der massenhaften Vortäuschung von Auslagen (Porto-, Telefon- und Auskunftskosten; Irrtum: erforderliche Vernehmung, prozessordnungsgemäße Verfahrensökonomie, Aufklärungspflicht, Strengbeweisverfahren, Normativierung; uneigentliches Organisationsdelikt eines faktischen Geschäftsführers); Strafzumessung beim Versuch (Milderung).

§ 263 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 251 StPO

388. BGH 1 StR 52/13 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG Essen)

Verfall (Ansprüche des Verletzten: Ansprüche des Steuerfiskus, Haftung); Revisionserstreckung.

§ 73 StGB; § 370 AO; § 71 AO; § 357 StPO

389. BGH 1 StR 592/12 – Beschluss vom 19. März 2013 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

390. BGH 1 StR 602/12 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG München I)

Unzulässige Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

391. BGH 1 StR 7/13 – Beschluss vom 19. März 2013 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

392. BGH 1 StR 73/13 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG Düsseldorf)

Verjährungsfristen bei der Steuerhinterziehung im besonders schweren Fall (Regelbeispiele; Bestimmtheitsgrundsatz; Rechtsstaatsprinzip; Gleichheitssatz; Gesamtwürdigung; Typisierung).

§ 78 StGB; § 376 AO; § 370 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO

393. BGH 1 StR 647/12 – Urteil vom 19. März 2013 (LG Kempten)

Bedarf zur Feststellung des Rücktrittshorizonts zur Prüfung des fehlgeschlagenen Versuchs und der Beendigung des Versuchs (Maßstäbe; natürliche Handlungseinheit; Freiwilligkeit; außertatbestandliches Handlungsziel; Vortäuschung eines Versicherungsfalles); Verklammerungswirkung bei Freiheitsberaubung und gefährlicher Körperverletzung; Betrug.

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB; § 52 StGB; § 239 StGB; § 224 StGB; § 263 StGB

394. BGH 2 StR 282/12 – Urteil vom 27. Februar 2013 (LG Darmstadt)

Unbegründete Revision der Nebenklägerin.

§ 349 Abs. 2 StPO

395. BGH 2 StR 384/12 – Urteil vom 27. März 2013 (LG Bad Kreuznach)

Gefährliche Körperverletzung durch Übertragung von HIV (Vorsatz).

§ 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 15 StGB

396. BGH 2 StR 421/12 – Beschluss vom 14. März 2013 (BGH)

Unstatthafte Gegenvorstellung.

Vor § 1 StPO

397. BGH 2 StR 43/13 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Koblenz)

Einziehung als bestimmender Strafzumessungsgrund.

§ 46 StGB; § 74 Abs. 1 StGB

398. BGH 2 StR 488/12 – Beschluss vom 14. März 2013 (BGH)

Unstatthafte Gegenvorstellung.

Vor § 1 StPO

399. BGH 2 StR 60/13 – Beschluss vom 13. März 2013 (LG Erfurt)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

400. BGH 2 StR 76/13 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Gera)

Unzulässiger Wiedereinsatzantrag.

§ 44 StPO; § 45 StPO

401. BGH 2 StR 507/12 – Beschluss vom 26. Februar 2013 (LG Darmstadt)

Erörterungsmangel zur Gesamtstrafenbildung.

§ 54 StGB; § 55 StGB

402. BGH 2 StR 517/12 – Beschluss vom 27. Februar 2013 (LG Aachen)

Keine Aussetzung bei Fortfall einer fakultativen Strafmitderungsmöglichkeit.

§ 265 Abs. 2 und 3 StPO

403. BGH 2 StR 529/12 – Beschluss vom 26. Februar 2013 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

404. BGH 2 StR 543/12 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

405. BGH 2 StR 546/12 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Trier)

Schuldpruchänderung.

§ 354 Abs. 1 StPO

406. BGH 2 StR 549/12 – Beschluss vom 26. Februar 2013 (LG Gießen)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 345 Abs. 1 StPO

407. BGH 2 StR 549/12 – Beschluss vom 26. Februar 2013 (LG Gießen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

408. BGH 2 StR 594/12 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

409. BGH 2 StR 597/12 – Beschluss vom 9. April 2013 (LG Gera)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

410. BGH 2 StR 603/12 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Koblenz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

411. BGH 2 ARs 117/13 (2 AR 67/13) – Beschluss vom 14. März 2013 (LG Wuppertal; AG Köln)

Verfahrensverbindung (Sachdienlichkeit).

§ 3 StPO

412. BGH 2 ARs 220/12 (2 AR 180/12) – Beschluss vom 28. März 2013 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

413. BGH 2 ARs 377/12 (2 AR 334/12) – Beschluss vom 22. Februar 2013 (BGH)

Unzulässiger Befangenheitsantrag gegen Richter des BGH.

§ 26a StPO

414. BGH 2 ARs 447/12 (2 AR 348/12) – Beschluss vom 12. März 2013 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 33a StPO

415. BGH 2 ARs 45/13 (2 AR 40/13) – Beschluss vom 9. April 2013 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

416. BGH 2 ARs 78/13 (2 AR 38/13) – Beschluss vom 9. April 2013 (AG Berlin-Tiergarten)

Unwirksamer Abgabebeschluss (Unzweckmäßigkeit).
§ 42 Abs. 3 JGG

417. BGH 4 StR 30/13 – Beschluss vom 13. März 2013 (LG Amberg)

Aufklärungsrüge (Aufdrängen).
§ 244 Abs. 2 StPO

418. BGH 4 StR 502/12 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Osnabrück)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

419. BGH 4 StR 518/12 – Beschluss vom 26. Februar 2013 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

420. BGH 4 StR 534/12 – Beschluss vom 9. April 2013 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

421. BGH 4 StR 548/12 – Beschluss vom 26. März 2013 (LG Bielefeld)

Schuldpruchänderung.
§ 354 Abs. 1 StPO

422. BGH 4 StR 552/12 – Beschluss vom 27. März 2013 (LG Essen)

Begriff der prozessualen Tat (sexueller Missbrauch; wesentliche Änderung der Richtung des Täterverhaltens; Serientaten).
§ 174 StGB; § 176 StGB; § 176a StGB; § 264 StPO

423. BGH 3 StR 1/13 – Beschluss vom 21. Februar 2013 (LG Stralsund)

Nötigung (fehlende tatsächliche Feststellungen hinsichtlich eines täterschaftlichen Beitrags des Angeklagten); Verjährung; unzureichende Strafzumessungserwägungen.
§ 240 StGB; § 78 StGB; § 46 StGB

424. BGH 3 StR 2/13 – Beschluss vom 21. Februar 2013 (LG Aurich)

Verwerfung des Antrags auf Wiedereinsetzung als unzulässig.
§ 44 StPO

425. BGH 3 StR 2/13 – Beschluss vom 21. Februar 2013 (LG Aurich)

Voraussetzungen der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Entzugssymptome keine Voraussetzung des Hangs; Beschaffungskriminalität als typischer Fall eines symptomatischen Zusammenhangs zwischen Hang und Anlass).
§ 64 StGB

426. BGH 3 StR 24/13 – Beschluss vom 20. Februar 2013 (LG Kleve)

Rechtsfehlerhafte Annahme einer Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bandenmitgliedschaft als besonderes persönliches Merkmal; Tatbestandsverschiebung).
§ 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 28 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

427. BGH 3 StR 26/13 – Beschluss vom 19. März 2013 (LG Kleve)

Unzulässigkeit der Verlesung von Vernehmungsniederschriften als Gedächtnisstütze für die Verhörsperson (Abgrenzung vom Vorhalt).
§ 253 StPO

428. BGH 3 StR 37/13 – Urteil vom 4. April 2013 (LG Oldenburg)

Anforderungen an die Beweiswürdigung (Abgrenzung von Körperverletzungs- und Tötungsentsatz; erforderliche Gesamtwürdigung; Bedeutung der objektiven Gefährlichkeit).
§ 15 StGB; § 16 StGB; § 212 StGB; § 223 StGB; § 261 StPO

429. BGH 3 StR 7/13 – Beschluss vom 19. März 2013 (LG Mönchengladbach)

Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (keine Täterschaft bei Fehlen eines eigennützigen Handelns); Erforderlichkeit der Ermittlung des Wirkstoffgehalts für die Strafzumessung.
§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 46 StGB

430. BGH 3 StR 8/13 – Beschluss vom 5. Februar 2013 (LG Krefeld)

Aufklärungshilfe bei mehreren Delikten (Abwägung einer Strafmilderung hinsichtlich aller angeklagten Taten trotz Aufklärung hinsichtlich lediglich einer Tat).
§ 46b StGB

431. BGH 3 StR 247/12 – Urteil vom 21. März 2013 (LG Duisburg)

Beweiswürdigung (Beweiswert eines mit der Tatspur übereinstimmenden DNA-Identifizierungsmusters); Anforderungen an die Wiedergabe des Inhalts von Sachverständigengutachten in den Urteilsgründen.
§ 261 StPO; § 267 StPO

432. BGH 3 StR 372/12 – Beschluss vom 14. November 2012 (LG Hildesheim)

Beharrliche Zuwiderhandlung gegen eine Gewerbeunter-sagung (Abgrenzung der Fortführung des untersagten Gewerbes von der Gründung eines neuen Gewerbes); Unterschlagung (keine Manifestation der Zueignung durch bloße Verweigerung der Rückgabe einer fremden Sache).

§ 148 Nr. 1 GewO; § 146 Abs. 1 Nr. 1a GewO; § 246 StGB

433. BGH 3 StR 41/13 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG Lüneburg)

Unzulässigkeit des Antrags auf Wiedereinsetzung (fehlende Angabe des Zeitpunkts des Hinderniswegfalls); Verfristung des Antrags auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 45 Abs. 1 StPO; § 346 Abs. 2 StPO

434. BGH 3 StR 461/12 – Urteil vom 7. März 2013 (LG Düsseldorf)

Hinreichende tatrichterliche Auseinandersetzung mit dem (hier verneinten) Vorhandensein der Voraussetzungen des Tötungseventualvorsatzes.

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

435. BGH 3 StR 468/12 – Beschluss vom 7. Februar 2013 (LG Osnabrück)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung; unzutreffende Ablehnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (überzogene Anforderungen an den Zusammenhang zwischen Hang und Anlassstat); keine Adhäsionsentscheidung zum Nachteil des Angeklagten bei diesem aufgrund eines Exzesses nicht zurechenbaren Verletzungen.

§ 25 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 55 StGB; § 64 StGB; § 403 StPO

436. BGH 3 StR 486/12 – Urteil vom 7. Februar 2013 (LG Neubrandenburg)

Verstoß gegen eine Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht; verfassungsrechtlich gebotene Bestimmtheit der Weisung.

§ 145a Satz 1 StGB; § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

437. BGH 3 StR 50/13 – Beschluss vom 21. März 2013 (LG Düsseldorf)

Zulässigkeit der Aufnahme von Abbildungen in das Strafurteil.

§ 267 StPO

438. BGH 3 StR 56/13 – Beschluss vom 19. März 2013 (LG Schwerin)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Anforderungen an die Feststellung eines Hanges; Mitursächlichkeit des Hanges für die Tatbegehung).

§ 64 StGB

439. BGH 3 StR 492/12 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG Duisburg)

Rechtsfehlerhafte Bemessung des Vorwegvollzuges (kein Abzug von Untersuchungs- und Organisationshaft).

§ 67 StGB

440. BGH 3 StR 492/12 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG Duisburg)

Rechtsfehlerhafte Bemessung des Vorwegvollzuges (kein Abzug von Untersuchungs- und Organisationshaft).

§ 67 StGB

441. BGH 3 StR 496/12 – Beschluss vom 21. Februar 2013 (LG Verden)

Rechtsfehlerhafte Annahme niedriger Beweggründe (Erfordernis einer alle äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren einschließenden Gesamtwürdigung); finale Verknüpfung von Nötigung und Wegnahme beim Raub; Anforderungen an die Feststellungen zur subjektiven Zurechnungsgrundlage bei der Mittäterschaft.

§ 211 StGB; § 249 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

442. BGH 3 StR 499/12 – Beschluss vom 5. Februar 2013 (LG Duisburg)

Anforderungen an die Mitwirkung eines Bandenmitglieds bei Betrugs- und Urkundenfälschungsdelikten (Erforderlichkeit der Feststellung eines konkret einzelne Taten fördernden Beitrags); Konkurrenzverhältnis von Serientaten hinsichtlich eines lediglich im Vorfeld beteiligten Täters (gleichzeitige Tateinheit bei einheitlichem Tatbeitrag).

§ 263 StGB; § 267 StGB; § 52 StGB; § 25 StGB

443. BGH 3 StR 503/12 – Urteil vom 7. Februar 2013 (LG Kleve)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (hier: unzureichende Erörterung einer möglichen Erpressungsabsicht zum Zeitpunkt der Begründung einer Bemächtigungslage).

§ 261 StPO; § 239a StGB

444. BGH 3 StR 513/12 – Beschluss vom 22. Januar 2013 (LG Mönchengladbach)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Erziehungsanstalt (Anforderungen an die Prognose der Erfolgsaussichten; Bedeutung von fehlenden Sprachkenntnissen und mangelnder Therapiewilligkeit).

§ 64 StGB

445. BGH 3 StR 521/12 – Urteil vom 4. April 2013 (LG Berlin)

Anforderungen an das Vertrauen auf die Richtigkeit eines anwaltlichen Gutachtens als Grundlage eines unvermeidbaren Verbotsirrtums; Verbreitung von Propagandamitteln einer verfassungswidrigen Organisation; Beweiswürdigung.

§ 17 StGB; § 86 StGB; § 261 StPO

446. BGH 3 StR 525/12 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG Düsseldorf)

Anforderungen an die Gesamtstrafenfähigkeit einer ausgerichteten Strafe; Voraussetzung der Entscheidung im Beschlussverfahren durch das Revisionsgericht.

§ 55 StGB; § 460 StPO

447. BGH 5 StR 29/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Potsdam)

Verjährung beim Betrug (Tatbeendigung; Abgrenzung von Schadenseintritt und Schadensverlagerung).

§ 78 StGB; § 263 StGB

448. BGH 5 StR 39/13 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags (hier: auf Einholung der Glaubhaftigkeit von Aussagen eines psychisch kranken Nebentäters) aufgrund eigener Sachkunde; Anforderungen an die Beweiswürdigung bei lange zurückliegendem Tatvorwurf.
§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 261 StPO

449. BGH 5 StR 41/13 – Beschluss vom 19. März 2013 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Unterlassung der Strafaussetzung zur Bewährung (Schaffung der Voraussetzungen einer günstigen Kriminalprognose durch Auflagen und Weisungen).
§ 56 StGB; § 56c StGB

450. BGH 5 StR 58/13 – Beschluss vom 9. April 2013 (LG Cottbus)

Unzureichende Beweiswürdigung (fehlende Erörterung der Umstände der Identifizierungssituation); Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.
§ 261 StPO; § 63 StGB

451. BGH 5 StR 60/13 – Beschluss vom 19. März 2013 (LG Bremen)

Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (rechtsfehlerhafte Verneinung einer positiven Kriminalprognose; Berücksichtigung der Auswirkung einer Bewährungsstrafe auf die Therapiewilligkeit des haftunerfahrenen Angeklagten).
§ 56 StGB

452. BGH 5 StR 66/13 (alt: 5 StR 363/12) – Beschluss vom 6. März 2013 (LG Hamburg)

Beihilfe; fehlende Täterqualifikation; keine doppelte Milderung.
§ 27 StGB; § 28 StGB; § 49 StGB

453. BGH 5 StR 74/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

454. BGH 5 StR 79/13 – Beschluss vom 19. März 2013 (LG Berlin)

Erfolgreiche Aufklärungsrüge aufgrund der unterlassenen Vernehmung eines Zeugen (nicht hinreichend gesichertes Beweisergebnis in Fällen sogenannten wiederholten Wiedererkennens).
§ 244 Abs. 2 StPO

455. BGH 5 StR 120/13 – Beschluss vom 9. April 2013 (LG Kiel)

BGHSt; Vertikale Teilrechtskraft im Sicherungsverfahren; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anforderungen an die Gefährlichkeitsprognose bei Anlasstaten im Bereich der geringen bis mittleren Kriminalität)
§ 414 Abs. 1 StPO; § 63 StGB

456. BGH 5 StR 138/13 – Beschluss vom 9. April 2013 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (fehlende andere wichtige Gesichtspunkte zur Bestätigung der Aussage einer Zeugin vom Hörensagen: Konfrontationsrecht).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 261 StPO

457. BGH 5 StR 145/13 – Beschluss vom 23. April 2013 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags (Aussage gegen Aussage-Konstellation; Notwendigkeit der Vernehmung einer Zeugin zur Aufdeckung von Widersprüchen im Aussageverhalten der einzigen Belastungszeugin).
Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

458. BGH 5 StR 344/12 – Urteil vom 20. März 2013 (LG Berlin)

BGHSt: Betrug (Schadensermittlung beim Eingehungsbruch; Gesamtsaldierung; konkrete Schadensberechnung; Erforderlichkeit eines Sachverständigengutachtens; Maßgeblichkeit des von den Vertragsparteien festgesetzten Wertes; Unterschiede bei der Schadensbestimmung zwischen Betrug und Untreue).
§ 263 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

459. BGH 5 StR 567/12 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Neuruppin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

460. BGH 5 StR 575/12 – Urteil vom 19. März 2013 (LG Kiel)

Vorsatz bei mittäterschaftlich begangenen besonders schweren Raub (Exzess; Vorsatzerweiterung; Prinzip der sukzessiven Mittäterschaft).
§ 250 Abs. 2 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 15 StGB

461. BGH 5 StR 81/13 – Beschluss vom 19. März 2013 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

462. BGH 5 StR 84/13 – Beschluss vom 10. April 2013 (LG Dresden)

Unzureichende Beweiswürdigung; strafmildernde Berücksichtigung der Rückgabe des Tatobjekts bei der räuberischen Erpressung.
§ 261 StPO; § 255 StGB

463. BGH 5 StR 597/12, Urteil vom 6. März 2013 (LG Göttingen)

BGHSt; Anforderungen an die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei Spielsucht.
§ 63 StGB

464. BGH 5 StR 612/12 – Beschluss vom 9. April 2013 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Annahme des Verhinderungsfalls des ordentlichen Vorsitzenden; Öffentlichkeitsrüge (Notwendigkeit eines erneuten Beschlusses zum Öffentlichkeitsausschluss nach einmal beendeter Zeugenvernehmung; Verwirkung).
§ 192 Abs. 2 GVG; § 174 Abs. 1 GVG; § 338 Nr. 6 StPO; § 238 StPO

465. BGH AK 6/13 – Beschluss vom 3. April 2013

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht hinsichtlich der Werbung um Mitglieder für Al Qaida; Fluchtgefahr bei Angeklagtem mit Auslandskontakten; Anforderungen an die Wahrung des Beschleunigungsgebots in Haftsachen)
§ 112 StPO; § 121 StPO

466. BGH StB 2/13 – Beschluss vom 19. März 2013 (OLG Düsseldorf)

Verhältnismäßigkeit der Fortdauer einer knapp sechsjährigen Untersuchungshaft (Beschleunigungsgebot in Haftsachen; Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; Berücksichtigung von Verzögerungen durch starken Auslandsbezug; Anforderungen an die Verhandlungsplanung; Vermeidbarkeit von Verfahrensverzögerungen).

§ 112 StPO; § 120 Abs. 1 Satz 1 StPO; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG

467. BGH 1 StR 35/13 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG Coburg)

Bewaffnete unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Spezialität des bewaffneten unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge); unerlaubtes Handeln mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 4 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB

468. BGH 1 StR 558/12 – Beschluss vom 9. Januar 2013 (LG Regensburg)

Hinweispflicht; Anordnung der Sicherheitsverwahrung (noch nicht erledigte Sicherheitsverwahrung in anderer Sache).

§ 265 Abs. 2 StPO; § 66 Abs. 1 StGB

469. BGH 1 StR 577/12 – Beschluss vom 6. Februar 2013 (LG Essen)

Steuerhinterziehung (Bestimmung der verkürzten Steuer bei Umsatz- und Lohnsteuerhinterziehung; Schätzung, Berechnungsdarstellung); Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Arbeitgeberbegriff; Bestimmung der vorenthaltenen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge; Schätzung; fiktives Bruttogehalt; Nettolohnabrede).

§ 370 Abs. 1 AO; § 266a Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 261 StPO; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV

470. BGH 1 StR 578/12 – Beschluss vom 6. März 2013 (LG München I)

Brandstiftung (Vorsatz; Versuch: unmittelbares Ansetzen); schwere Brandstiftung (Begriff der Zerstörung; zur Wohnung von Menschen dienendes Gebäude: gemischt genutzte Gebäude, Kellerräume; Gefahr der Gesundheitsschädigung); besonders schwere Brandstiftung (Erschweren des Löschens).

§ 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 306a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB; § 306b Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

471. BGH 1 StR 613/12 – Beschluss vom 5. März 2013 (LG München I)

Wahlfeststellung (Umfang der angeklagten Tat; Zulässigkeit der Wahlfeststellung zwischen Betrug und Computerbetrug).

§ 1 StGB; § 155 StPO; § 264 StPO; § 263 Abs. 1 StGB; § 263a Abs. 1 StGB

472. BGH 1 StR 633/12 – Beschluss vom 21. Februar 2013 (LG Potsdam)

Verständigung (Strafrahmen; Recht auf ein faires Verfahren: Hinweispflicht des Gerichts); Betrug (Anrechnung von Nebeneinkünften auf die Versorgungsansprüche eines Beamten: Anzeigepflicht, Schaden); Abgabe einer falscher Versicherung an Eides Statt (Umfang der Wahrheitspflicht); Angriffsrichtung der Verfahrensruhe; Betrug durch Unterlassen (Täuschung durch ungenügende Angaben; verspätete Anzeige der veränderten Einnahmen eines Beamten; Gewerbsmäßigkeit).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 257c StPO; § 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 53 Abs. 1 BeamtVG; § 156 StGB; § 344 StPO

473. BGH 2 StR 34/13 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Gera)

Aufklärungsrüge (Begründung).

§ 344 Abs. 2 StPO

474. BGH 2 StR 392/12 – Urteil vom 13. März 2013 (LG Darmstadt)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (einzelfallabhängige Prognoseentscheidung über das Vorliegen einer hohen Wahrscheinlichkeit der künftigen Begehung schwerer Gewalt- oder Sexualdelikte).

§ 66 StGB

475. BGH 2 StR 440/12 – Urteil vom 13. März 2013 (LG Aachen)

Versuchter Totschlag (Mittäterschaft: Exzess des Mittäters; minderschwerer Fall).

§ 212 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 213 StGB

476. BGH 2 StR 534/12 – Beschluss vom 14. März 2013 (LG Frankfurt am Main)

Ablehnungsgesuch wegen Befangenheit (Verfristung bei Entscheidung im Beschlusswege); Anhörungsrüge (Anspruch auf rechtliches Gehör: Kenntniserlangung der entscheidenden Richter)

Art. 103 Abs. 1 GG; § 24 Abs. 1 StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 356a StPO

477. BGH 2 StR 541/12 – Beschluss vom 28. Februar 2013 (LG Frankfurt am Main)

Bildung der Gesamtstrafe.

§ 54 StGB

478. BGH 2 StR 556/12 – Beschluss vom 13. Februar 2013 (LG Frankfurt am Main)

Beweiswürdigung (Beweisaufnahme außerhalb der Hauptverhandlung; Inbegriffsrüge; Beruhen).

§ 261 StPO; § 337 StPO

479. BGH 4 StR 13/13 – Beschluss vom 27. Februar 2013 (LG Landau)

Rücktritt vom versuchten Mord (Fehlschlag des Ver-

suchs; erforderliche Feststellungen zum Rücktrittshorizont des Angeklagten).
§ 24 Abs. 1 StGB; § 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

480. BGH 4 StR 28/13 – Beschluss vom 13. März 2013 (LG Detmold)

Erörterungsmangel zur Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 64 StGB

481. BGH 4 StR 58/13 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Landau)

Anordnung des Wertersatzverfalls (Berechnung des erlangten Etwas).
§ 73a StGB; § 73 Abs. 1 StGB

482. BGH 4 StR 6/13 – Beschluss vom 27. Februar 2013 (LG Essen)

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Tateinheit; Verhältnis zum Betrug).
§ 152a Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB; § 152b Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

483. BGH 4 StR 337/12 – Beschluss vom 12. März 2013 (LG Essen)

Strafzumessung (neue Feststellungen zu persönlichen Verhältnis nach Aufhebung des Strafausspruches).
§ 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

484. BGH 4 StR 467/12 – Urteil vom 28. März 2013 (LG Berlin)

Strafzumessung (Überprüfung durch das Revisionsgericht; Bildung einer Gesamtstrafe: enger zeitlicher, sachlicher oder situativer Zusammenhang zwischen den Taten; Berücksichtigung von Untersuchungshaft als Strafmilderungsgrund).
§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 54 StGB

485. BGH 4 StR 544/12 – Beschluss vom 27. Februar 2013 (LG Essen)

Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (Vorsatz bezüglich fehlender Einwilligung des Opfers; Drohung mit gegen-

wärtiger Gefahr für Leib und Leben).
§ 177 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 2 StGB; § 15 StGB

486. BGH 4 StR 547/12 – Beschluss vom 13. März 2013 (LG Siegen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Grenzwert der nicht geringen Menge: Einzelmengen bei Erwerbsvorgang mit unterschiedlicher Zweckbestimmung, Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln; Mittäterschaft).
§ 29 Abs. 1 Nr.1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

487. BGH 4 StR 548/12 – Beschluss vom 26. März 2013 (LG Bielefeld)

Gewerbs- und bandenmäßiger Betrug; gewerbs- und bandenmäßige Urkundenfälschung (Tateinheit).
§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 267 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1; § 53 StGB

488. BGH 4 StR 556/12 – Beschluss vom 26. März 2013 (LG Halle)

Besetzungsrüge (vorübergehendes Unterbleiben der Wiederbesetzung des altersbedingt freigewordenen Senatsvorsitz: analoge Anwendung der Vorschriften über die zeitweise Verhinderung).
§ 222b StPO; § 21f Abs. 2 Satz 1 GVG

489. BGH 4 StR 557/12 – Beschluss vom 13. Februar 2013 (LG Dessau-Roßlau)

Schuldunfähigkeit (Indizwirkung der Blutalkoholkonzentration).
§ 20 StGB

490. BGH 4 StR 60/13 – Beschluss vom 27. März 2013 (LG Siegen)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (vorherige teilweise Vollziehung einer Freiheitsstrafe: Bemessung der Länge nach dem Halbstrafenzeitpunkt).
§ 64 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 2, Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB